

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El rol de la mora *debitoris* en la responsabilidad civil contractual
dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano**

Claudia Camila Boriz Carrasco

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, 9 de abril de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Claudia Camila Boriz Carrasco

Código: 00136419

Cédula de identidad: 172269219-9

Lugar y Fecha: Quito, 9 de abril de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**EL ROL DE LA *MORA DEBITORIS* EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO¹**

**THE ROLE OF *MORA DEBITORIS* IN CONTRACTUAL LIABILITY WITHIN THE
ECUADORIAN LEGAL SYSTEM**

Claudia Camila Boriz Carrasco²
camilaborizc@gmail.com

RESUMEN

Este trabajo buscó determinar el alcance de la mora del deudor o *debetoris* como requisito de la responsabilidad contractual en obligaciones positivas. Se evidenció que existen dos posturas: la primera, considera que la mora es un requisito para la exigibilidad de la acción. La segunda, en cambio, considera que esta marca un límite sustantivo a los daños que pueden ser resarcidos. Con el fin de identificar cuál es la que debe ser aplicada en el régimen ecuatoriano, se analizó los conceptos doctrinales y jurisprudenciales para aplicarlos y compararlos con las disposiciones normativas de la responsabilidad civil contractual. De esta forma, se determinó que la mora aplica como requisito a todo tipo de daños y puede activarse con cualquier incumplimiento. Este trabajo concluye que el concepto de *mora debetoris* debe apartarse del simple retardo y ser entendida como un mero requisito de exigibilidad de la acción.

PALABRAS CLAVE

Mora, responsabilidad contractual, daños, interpelación.

ABSTRACT

This essay aims to determine the scope of *mora debetoris* as a requirement of contractual liability in positive obligations. There are two possible interpretations: the first considers that *mora debetoris* is a formal requirement to bring suit. The second considers that the default marks a limit to the damages that can be recovered. In order to identify which one should apply in the Ecuadorian regime, doctrinal and jurisprudential concepts were analyzed in order compare them with the normative provisions of contractual liability. Thus, this dissertation concludes that the correct interpretation of the debtor's notice of default should be considered a requirement for all types of damages and it can be activated with any type of breach of contract. In this sense, this essay proposes that the appropriate understanding of *mora debetoris* or debtor's notice of default is not a simple delay, but a requirement to claim for damages.

KEYWORDS

Mora, contractual liability, damages, notice of default.

Fecha de lectura: 13 de mayo de 2021

Fecha de publicación: 13 de mayo de 2021

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Javier Jaramillo Troya.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO NORMATIVO.- 3. ESTADO ACTUAL DE LA LITERATURA Y UNA VISIÓN TEÓRICA SOBRE LA MATERIA.- 4. CORRECTO ENTENDIMIENTO DE LA MORA EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO.- 4.1. DEFINICIÓN DE LA MORA DEBITORIS.- 4.2. LA UTILIDAD DE LA INTERPELACIÓN EN EL SISTEMA ECUATORIANO.- 5. LA MORA COMO REQUISITO SUSTANTIVO DE DAÑOS Y PERJUICIOS ¿SE PUEDE LIMITAR ÚNICAMENTE LOS DAÑOS MORATORIOS?.- 5.1. DISTINCIÓN ENTRE DAÑOS MORATORIOS Y COMPENSATORIOS Y SU RELACIÓN CON LA MORA EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA.- 5.2. ¿ES LA MORA UN LÍMITE SUSTANTIVO A LOS DAÑOS MORATORIOS?.- 6. UNA LECTURA INTEGRAL DE LA MORA DEBITORIS EN EL CÓDIGO CIVIL.- 7. CONCLUSIONES.-

1. Introducción

El ordenamiento jurídico ecuatoriano dota al acreedor de una variedad de remedios contractuales para garantizar la satisfacción de su interés negocial. Entre estos, se encuentra la responsabilidad en sentido estricto³, más conocida como indemnización de perjuicios⁴, que busca el resarcimiento del menoscabo sufrido por el acreedor como consecuencia del incumplimiento del deudor⁵. De esta forma cumple la función principal del Derecho de daños que está pensado para dejar indemne a la persona que sufrió un perjuicio causado por un tercero.

Para que proceda la responsabilidad contractual deben concurrir los siguientes requisitos⁶: 1.- existencia de un incumplimiento contractual; 2.- daño; 3.- causalidad; y, 4.- la constitución en mora en obligaciones positivas, pues el artículo 1573 del Código Civil prescribe que “se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora; o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”⁷.

³ Este trabajo reconoce la diferencia entre responsabilidad contractual en sentido amplio, entendida como todos los remedios contractuales que tiene el acreedor resultante del incumplimiento; y, responsabilidad en sentido estricto. Sin embargo, con un fin de simplificación, a lo largo del trabajo, se utilizará la denominación “responsabilidad contractual” como sinónimo de obligación indemnizatoria resultante del incumplimiento contractual.

⁴ Álvaro Vidal Olivares, “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho* 34, No. 1. 2007. 54.

⁵ René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo I*, ed. 4rta. (Dislexia Virtual, s/f). 178.

⁶ Ver, Daniel Pañailillo Arévalo, “Responsabilidad contractual objetiva”, en *Estudios de Derecho Civil IV: Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, coord. De C. Pizarro Wilson (Santiago: Legal Publishing, 2009). 339; Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones*, ed. 4rta. (Bogotá: Temis, 2018). 94.

⁷ Código Civil Ecuatoriano, R.O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Tradicionalmente, este último requisito ha sido definido como el retardo culpable de la obligación, por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia han afirmado que la constitución en mora marcaría un límite entre un mero retraso y aquel capaz de generar daños y perjuicios. Sin embargo, como se demostrará más adelante, la regulación actual de la responsabilidad civil contractual no hace una distinción entre el mero retardo y el incumplimiento. En ese sentido, no queda claro cuál es la verdadera funcionalidad del requisito de constitución en mora.

Al respecto, existen dos posturas. La primera aboga por entender al artículo 1573 del Código Civil como un requisito meramente formal, necesario para la exigibilidad de la acción. En cambio, la segunda, establece que los daños que pueden ser solicitados son aquellos producidos una vez ocurrida la constitución en mora. Dentro de esta segunda postura, existe una corriente doctrinaria —aplicada por la jurisprudencia ecuatoriana— que considera que el límite sustantivo aplica únicamente a los daños moratorios y no a los compensatorios.

Adoptar la segunda posición genera un problema a la integralidad del sistema, pues debe recordarse que la constitución en mora del deudor hace una diferenciación con respecto a si la obligación tiene un plazo pactado o no. En caso de ser una obligación a plazo, el incumplimiento y la constitución en mora ocurren simultáneamente. En cambio, cuando la obligación es pura y simple o condicional, el incumplimiento ocurre previo a la mora por lo que no se indemnizarían los daños generados previo a la constitución en mora, dejando de lado la función compensatoria del Derecho de daños.

Frente a este panorama, este trabajo abordará la regulación de la constitución en mora del deudor en el Código Civil ecuatoriano, analizando su definición y funcionalidad en la indemnización de daños y perjuicios contractuales. Así, se buscará responder la siguiente pregunta: ¿es la mora *debitoris* un requisito meramente formal para la exigibilidad de la acción o es, también, un requisito sustantivo en la responsabilidad civil contractual?

El análisis propuesto reviste una relevancia a nivel doctrinario y práctico. En primer lugar, la respuesta que se obtenga permitirá hacer un cuestionamiento al entendimiento que se le ha dado a esta institución, que puede ya no ser consecuente con el régimen actual. En segundo lugar, permitirá esclarecer los daños que pueden ser resarcidos en materia de responsabilidad civil contractual.

Para abordar el problema jurídico propuesto, se empezará por introducir la regulación actual respecto a la indemnización de perjuicios resultantes del incumplimiento y las diferentes posiciones doctrinarias sobre la funcionalidad de la mora. Posteriormente, se analizará la verdadera definición de esta institución en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por último, se responderá al problema jurídico planteado analizando la funcionalidad de la mora como requisito de la responsabilidad civil contractual.

2. Marco normativo

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no enlista de manera expresa los requisitos necesarios para la pretensión de daños y perjuicios contractuales. No obstante, a nivel doctrinario se ha establecido que la obligación indemnizatoria y sus requisitos pueden desprenderse de los artículos referentes a los efectos de las obligaciones⁸ recogidos en el Título XII del Libro IV del Código Civil. Por otro lado, la jurisprudencia ecuatoriana — concretamente la emitida por la ex Corte Suprema de Justicia, CSJ y la actual Corte Nacional de Justicia, CNJ— se ha manifestado sobre la interpretación de los artículos que regulan la responsabilidad civil contractual. Estos criterios serán analizados a lo largo del trabajo.

A continuación, se explicará brevemente los requisitos de la responsabilidad civil contractual y su tratamiento en el Código Civil con el fin de introducir el requisito objeto de este trabajo: la mora.

Con respecto al primer elemento, el Código establece que el incumplimiento del cual resulta la indemnización de perjuicios puede ser, al menos, de tres clases: 1.- no haberse cumplido la obligación, es decir, que exista un incumplimiento total y definitivo; 2.- haberse cumplido imperfectamente, ya sea porque se pagó parcialmente o porque el supuesto cumplimiento no se adapta cualitativamente a lo prometido⁹; o, 3.- haber un retardo en el cumplimiento¹⁰. Por lo que, de manera preliminar, se puede observar que el artículo 1572 del Código Civil establece que el retardo sí es un generador de daños contractuales.

Sobre el segundo requisito, Pizarro Wilson menciona que el “centro de la tutela resarcitoria es el daño causado que es un elemento nuevo en la prestación y, por ello, tiene

⁸ Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones*. 89.

⁹ *Ibíd.* 91.

¹⁰ Artículo 1572, Código Civil Ecuatoriano.

autonomía de fuente”¹¹. Este criterio ha sido ratificado por la CSJ, citando a Ospina Fernández, que establece que “(...) sin interés no hay acción. Por tanto [sic.] si el acreedor no sufre daño por el incumplimiento del deudor, carece de legitimación para demandar judicialmente una reparación”¹².

Sobre el requisito de causalidad, el Código establece que el único eximente de responsabilidad es que el daño no sea imputable al deudor. Esto puede ocurrir cuando el incumplimiento se debe a un caso fortuito o fuerza mayor¹³. Adicionalmente, la doctrina reconoce que no hay atribución cuando la culpa es exclusiva de la víctima o del hecho de un tercero. Es decir, para que el daño sea resarcible, el mismo debe ser causado por el incumplimiento y no por un hecho ajeno al deudor.

Finalmente, el previamente mencionado artículo 1573 del Código Civil establece que la constitución en mora es un requisito adicional para establecer la responsabilidad civil contractual en el caso de obligaciones positivas. En el caso de obligaciones negativas, o de no hacer, el Código no contempla este requisito y basta únicamente el incumplimiento objetivo, o la ejecución de la actividad que no debía realizarse¹⁴.

La constitución en mora del deudor¹⁵ es recogida en el artículo 1567 del Código Civil que establece una regla general: la constitución *ex persona* o mediante interpelación; y dos excepciones de mora *ex re* o automática cuando existe un plazo expreso o tácito. Este requisito adicional presenta varias interrogantes a nivel práctico. Este trabajo se centrará en determinar si el sentido del artículo obedece a un requisito para proponer la acción indemnizatoria o a un requisito limitativo de los daños que pueden ser compensados.

¹¹ Jorge Baraona González, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva”, *Revista Chilena de Derecho* 24 No. 1. 1997. 158.

¹² Tito Ely Mendoza Guillén c. Mario Patricio Rendón Alarcón, Caso No. 267-2007, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, 28 de agosto de 2007. Considerando octavo. Recuperado de LexisFinder.

¹³ Artículo 1574, Código Civil Ecuatoriano.

¹⁴ Por estar fuera del problema planteado, este trabajo no abordará los problemas referentes a las obligaciones negativas y la constitución en mora.

¹⁵ La doctrina diferencia dos tipos de mora de acuerdo con su constitución: *ex persona* y *ex re*. La primera hace referencia a la mora que se constituye mediante la interpelación al deudor. La segunda hace referencia a cuando “el deudor se halla constituido en mora de pleno derecho, [...] por la sola existencia de ciertos hechos” Carlos N. Bosque Sanders, “Estudio sobre la mora del deudor, en cumplimiento de las obligaciones”, (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1978). 49. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54497/1/5328085166.pdf>

3. Estado actual de la literatura y una visión teórica sobre la materia

Sobre el problema enunciado existen dos teorías. La primera considera que el artículo 1573 del Código Civil aplica también como un limitante de los daños que pueden ser resarcidos, por lo que el deudor solo debe responder por los perjuicios generados con posterioridad a la constitución en mora. La segunda, considerada la más fiel al sistema compensatorio, restringe el requisito únicamente a la acción y no a los menoscabos indemnizables. A continuación, se observará las respuestas arrojadas por la doctrina.

La primera postura se basa en la definición de mora entendida como retardo imputable al deudor. Puig Peña define a la mora con dos conceptos importantes: 1.- retraso culpable; y 2.- posibilidad de cumplimiento de la obligación¹⁶. Respecto al primero, siguiendo la línea de Diez Picazo, se puede afirmar que no basta con que exista un simple retraso, pues este, no aparejaría ninguna consecuencia jurídica¹⁷. Es decir que, para que exista mora, es necesario que “no se haya efectuado el cumplimiento preciso de la obligación en el momento señalado para el mismo, pero también es indispensable que la obligación pueda ser cumplida tardíamente y que, igualmente, persista el interés del acreedor en el cumplimiento retrasado”¹⁸.

Bajo este entendimiento, la doctrina mayoritaria —recogida en ciertas ocasiones por la jurisprudencia ecuatoriana— parece inclinarse a pensar que la constitución en mora marca la época desde donde el acreedor empieza a sufrir perjuicios o, al menos, el momento desde dónde deben calcularse estos daños¹⁹. Este criterio es compartido por Alessandri, quien ha mencionado que:

[l]a interpelación es el acto por el cual el acreedor manifiesta al deudor que el incumplimiento de la obligación lo perjudica. Es el más esencial de los elementos constitutivos de la mora., [sic.] porque mientras él no se produzca, el deudor está simplemente retardado; mientras el acreedor no le significa al deudor que su actitud le perjudica o le daña, no hay motivo para creer que el incumplimiento esté irrogando un perjuicio; puesto que el acreedor guarda

¹⁶ Federico Puig Peña, *Compendio de Derecho Civil. Tomo III*, ed. 2da. (Pamplona: Editorial Aranzadi, 1972). 174 citado en Carlos N. Bosque Sanders, “Estudio sobre la mora del deudor, en cumplimiento de las obligaciones”. 81.

¹⁷ Luis Diez Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, reimpresión Vol. I. (Editorial Tenos). 663. citado en Carlos N. Bosque Sanders, “Estudio sobre la mora del deudor, en cumplimiento de las obligaciones”. 85-86.

¹⁸ Julio Manrique de Lara Morales, “La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer”, (Tesis Doctoral, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 1999). 170.

¹⁹ Juan Ignacio Contardo González, “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*. XLIII. 2do semestre de 2014. 84.

silencio, hay sobrados motivos para creer que el acreedor tácitamente está autorizando al deudor para que persevere en el atraso²⁰.

Dentro de esta postura, ha surgido una posición más tenue debido a que otro sector de la doctrina distingue que, si bien la mora es un requisito para la acción de daños, su función limitante debe distinguir entre daños moratorios y compensatorios²¹. Los daños compensatorios deben ser calculados desde el incumplimiento, mientras que los daños moratorios desde que existe la mora *debetoris*²².

Por otro lado, un grupo reducido de la doctrina considera que el simple retraso es también un posible productor de daños, y que estos deben ser calculados desde que se genera el daño, y no desde la constitución en mora²³. Es decir, si se logra probar que el retardo causó un perjuicio, este debe ser compensado.

Este entendimiento se ha venido recogiendo desde Ulpiano²⁴, pasando por Pothier, quien presenta una crítica al sistema de requerimiento judicial necesario para estimar los daños y perjuicios. Para este autor, la demanda es solo una prueba de la demora, que no debería afectar a los daños que se deben resarcir²⁵.

De la misma forma, Fueyo Laneri propone una lectura de la norma que se apegue a la realidad, así estima que el Código no distingue entre simple retardo y mora a efectos de determinar los daños a ser resarcidos. A mirada de este autor, el Código establece que el mero retardo es un incumplimiento que genera la obligación de indemnizar²⁶. Esta postura es ratificada por Gema Díez-Picazo quien entiende a esta posición como la más acorde con un sistema de daños cuya finalidad es compensatoria y, también la más apegada al principio *pacta sunt servanda*²⁷.

²⁰ Arturo Alessandri, *Teoría de la Obligaciones* (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1983). 102-110. citado en Manuel Ignacio Torres y Anita Cárdenas Rodríguez c. Nelly Benavides Cevallos, Expediente de Casación 61, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, 3 de marzo del 2008, considerando quinto. Recuperado de LexisFinder.

²¹ Sobre los mismos, se abordará en la sección 5.1.

²² René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo II*, (Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1993). 719.

²³ Julio Manrique de Lara Morales, “La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer”. 185.

²⁴ Gema Díez-Picazo Giménez, “La mora del deudor”, (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1994). 75-76.

²⁵ Robert Joseph Pothier, *Tratado de la Obligaciones*, Edición francesa de 1824 (Argentina: Editorial Heliasta S.R.L, 1993). 102.

²⁶ Gema Díez-Picazo Giménez, “La mora del deudor”. 348-350.

²⁷ *Ibíd.* 348-350.

Como se puede observar, la primera postura justifica su fundamentación en la definición de mora, entendida esta como retardo culpable²⁸. De esa forma, se diferencia entre simple retraso e incumplimiento, especificando que el primero no genera consecuencias jurídicas al deudor²⁹, pues parece haber una especie de tolerancia del acreedor³⁰. Esta definición de mora es concordante con la idea que los únicos daños resarcibles son aquellos que se producen luego de la constitución en mora.

La segunda postura, en cambio, aboga por limitar a la constitución en mora únicamente como un requisito procesal, más no como una limitante a los daños que se pueden resarcir. Se ha establecido que el retraso en el cumplimiento de la obligación sí puede producir daños, y no existe razón para que los mismos no sean compensados³¹. Más aún, no existe una justificación para asumir que el acreedor se ha resignado a soportar los perjuicios causados por el incumplimiento.

A continuación, después de examinar la definición de mora, se realizará un análisis de ambas posturas, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, con el fin de evaluar cuál es la más adecuada para el sistema ecuatoriano. De manera preliminar se anticipa que la segunda postura parece ser la más concordante con la finalidad compensatoria del Derecho de daños que se adapta, también, a la realidad actual en donde un sistema de protección extrema al deudor ya no tiene cabida.

4. El correcto entendimiento de la mora en el sistema jurídico ecuatoriano

Como se mencionó previamente, la postura que aboga por entender a la mora como un requisito sustantivo parte su análisis desde la definición de mora entendida únicamente como retardo culpable. Por eso, se analizará si la definición propuesta tiene cabida en el régimen del Código Civil. Posteriormente, se examinará la funcionalidad actual de la denominada ‘constitución en mora’ con el fin de analizar si la postura mencionada es la correcta en el sistema ecuatoriano.

²⁸ Federico Puig Peña, *Compendio de Derecho Civil. Tomo III*. 174 citado en Carlos N. Bosque Sanders, “Estudio sobre la mora del deudor, en cumplimiento de las obligaciones”. 81.

²⁹ Luis Díez Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. 663. citado en Carlos N. Bosque Sanders, “Estudio sobre la mora del deudor, en cumplimiento de las obligaciones”. 85-86.

³⁰ Arturo Alessandri, *Teoría de la Obligaciones*. 102-110. citado en Manuel Ignacio Torres y Anita Cárdenas Rodríguez c. Nelly Benavides Cevallos, considerando quinto.

³¹ Gema Díez-Picazo Giménez, “La mora del deudor”. 75-76.

4.1. Definición de mora *debitoris*

Para poder establecer cuál es el alcance que debe darse a la mora, es necesario aclarar su definición. Tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial parece que el término es utilizado para definir al menos tres situaciones diferentes: 1.- el incumplimiento culpable, 2.- retardo culpable y 3.- la constitución en mora. Evidentemente, esta falta de claridad en la definición de mora es la que genera confusión respecto a su funcionalidad.

La primera definición equipara a la mora con los requisitos necesarios para que se activen los remedios contractuales. Se ha dicho que los presupuestos para que exista mora *debitoris* son: la exigibilidad de la obligación³², la imputabilidad en la inejecución³³ y el requerimiento por parte del acreedor³⁴. El mismo entendimiento existe a nivel jurisprudencial. Por ejemplo, en el caso *Hernán Rodrigo Romero Zambrano c. Carlos Mauricio Ortiz Negrete*, citando a Alessandri y Somarriva, la CSJ equiparó al incumplimiento con la mora y estableció como requisito a la culpa de la siguiente manera:

cuando el incumplimiento o mora contractual se produce por ‘culpa’ del deudor, el acreedor tiene derecho a demandar el cumplimiento o la resolución del contrato, con la respectiva indemnización de daños y perjuicios. [...] Sobre la culpa contractual, Alessandri y Somarriva, dicen: ‘Culpa contractual es la falta de diligencia o cuidado que debe tenerse en el cumplimiento de una obligación [...]’.

Posteriormente, enlista como requisitos para determinar al deudor como culpable los siguientes:

1a Que el deudor no cumpla su obligación en el plazo convenido o sólo la cumpla imperfecta o irregularmente. 2a Que el incumplimiento sea culpable, esto es, que provenga del hecho del deudor, de su falta de diligencia o cuidado, porque por regla general no hay culpa cuando la falta de cumplimiento proviene de caso fortuito (imprevisto a que no es posible resistir). 3a Que el incumplimiento tardío, incompleto o irregular cause daño al acreedor. 4a Que el deudor esté

³² Julio Manrique de Lara Morales, “La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer”. 216.

³³ Este requisito de imputabilidad ha sido erróneamente denominado culpabilidad. Sin embargo, el mismo hace referencia a la ausencia de caso fortuito y fuerza mayor, es decir, a la causalidad. Por ejemplo, la jurisprudencia ecuatoriana ha mencionado “La mora, aunque no ha sido definida en nuestro Código Sustantivo, ha de entenderse como un estado jurídico que supone culpa del deudor, de ahí que la ausencia de este elemento (culpa) en su conducta, lógicamente elimina la mora y por cierto excluye el derecho que pudo asistirle al acreedor para exigir la indemnización de daños y perjuicios. La imposibilidad de cumplir una obligación o el caso fortuito o la aceptación por parte del acreedor del cumplimiento tardío de la obligación, son supuestos que dejan sin eficacia a la mora” Gaceta judicial Año LXXVI, Serie XII No. 12, 27 de julio de 1976, p. 2527. Recuperado de LexisFinder.

³⁴ Felipe Osterling Parodi, “Mora del deudor”, *Themis* 8. 1987. 57. Ver, René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo II*. 712; Arturo Alessandri Rodríguez, *Teoría de las Obligaciones*. 102.

constituido en mora, es decir, que el deudor se haya retardado culpablemente en el cumplimiento de la obligación y que haya sido requerido por el acreedor³⁵.

De esta sentencia se desprenden, al menos, dos de las definiciones mencionadas. En primer lugar, la mora entendida como incumplimiento culpable del deudor que abarca a todos los elementos necesarios para activar la condición resolutoria tácita y a su vez, la obligación indemnizatoria. En segundo lugar, habla de la constitución en mora a la cual define con los elementos de retardo culpable más el requerimiento al deudor. No obstante, es importante notar que, pese a que se refiere al retardo, la sentencia determina que este podría activar la acción resolutoria del contrato. En ese sentido, queda claro que el entendimiento de retraso es el de cualquiera de los tipos de incumplimiento mencionados por el artículo 1572 del Código Civil.

Sin embargo, existe también la tendencia doctrinaria a definir a la mora como un sinónimo de retardo³⁶, sin que el mismo pueda abarcar el incumplimiento definitivo. Por ejemplo, Castán Tobeñas ha mencionado que

[l]a mora no es incumplimiento total, porque no imposibilita, por sí sola de cumplir la obligación, en lo que constituye su esencia. Podría afirmarse que, en efecto la mora viene a constituir en principio, una infracción de la obligación cometida por el deudor al retrasar el cumplimiento de la prestación debida pero con posibilidad de cumplirse³⁷.

En la doctrina chilena, Barros Errazuriz coincide con esta definición, con una ligera variante pues determina que la mora no es un requisito en los casos de incumplimiento definitivo. Así, no sería ni siquiera un requisito de la acción. En cambio, define que hay retardo culpable cuando el deudor está en mora al mencionar que “el simple retardo no impone, por sí solo, obligación de indemnizar perjuicios”³⁸. Esta postura no puede ser aceptada por su interpretación contraria a la literalidad del Código que, como se advirtió previamente, establece a la mora *debitoris* como requisito ante cualquier incumplimiento.

³⁵ Hernán Rodrigo Romero Zambrano c. Carlos Mauricio Ortiz Negrete, Expediente de Casación 254, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Sentencia de 29 de junio de 2006, considerando tercero. Recuperado de LexisFinder.

³⁶ Ver, Federico Puig Peña, *Compendio de Derecho Civil Tomo III*. 174 citado en Carlos N. Bosque Sanders, “Estudio sobre la mora del deudor, en cumplimiento de las obligaciones”. 81; Rommy Moeller Gómez, “La indemnización de perjuicios”, *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* 7. 1993. 329.

³⁷ José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral* Vol. IV, ed. 9na. (Madrid: Reus) citado en Carlos N. Bosque Sanders, “Estudio sobre la mora del deudor, en cumplimiento de las obligaciones”. 80.

³⁸ Alfredo Barros Errazuriz, *Cursos de Derecho Civil segundo año, primera parte: Teoría de las Obligaciones en general II*, ed. 4ta. Corregida y Aumentada (Santiago: Editorial Nascimento, 1932). 66.

La jurisprudencia ecuatoriana —pese a que no siempre equipara a la mora con retardo— parece inclinarse a pensar que la constitución en mora sí debe marcar la época en que el acreedor empieza a sufrir perjuicios. Por ejemplo, justificando la mora *ex re* en las obligaciones a plazo ha mencionado que

[l]a interpelación es el acto por el cual el acreedor manifiesta al deudor que el incumplimiento de la obligación lo perjudica. [...] mientras el acreedor no le significa al deudor que su actitud le perjudica o le daña, no hay motivo para creer que el incumplimiento esté irrogando un perjuicio; puesto que el acreedor guarda silencio, hay sobrados motivos para creer que el acreedor tácitamente está autorizando al deudor para que persevere en el atraso [...]³⁹.

Por lo tanto, la jurisprudencia ecuatoriana no otorga claridad sobre cuál es la correcta definición de mora que debe ser adoptada en el régimen ecuatoriano. Por un lado, considera que la mora puede habilitar la resolución, apartándose de esta forma, de entenderla únicamente sinónimo de retraso. Por otro lado, al hablar de la interpelación, fundamenta que antes de esta existe únicamente retardo y que no es productor de daños y perjuicios. En ese sentido, es pertinente analizar las disposiciones del Código Civil.

En primer lugar, es importante mencionar que el Código no contiene una definición de mora. No obstante, de una lectura literal de este cuerpo normativo queda claro que no adopta la postura del retardo. Del artículo 1567 se desprende los supuestos en los cuales el deudor está en mora de la siguiente manera:

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;
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor⁴⁰.

Se puede observar que el número primero menciona el no cumplimiento, más no el retardo. Lo dicho concuerda con una lectura integral del Código Civil, pues, al tratar el incumplimiento generador de perjuicios, es menester recordar que el artículo 1572 establece que el incumplimiento puede ser de tres tipos, sin limitarlo únicamente al retraso.

Por otro lado, de la redacción del artículo 1569 —referente a las obligaciones de hacer— se podría pensar que se adopta la definición de retardo. Esta norma establece que cuando se haya constituido en mora el deudor, el acreedor podrá pedir, junto con la

³⁹ Manuel Ignacio Torres y Anita Cárdenas Rodríguez c. Nelly Benavides Cevallos, considerando quinto.

⁴⁰ Código Civil Ecuatoriano.

indemnización de la mora, a su arbitrio: 1.- que el juez le autorice hacer ejecutar la prestación por un tercero, a expensas del deudor; o, 2.- que se indemnice los perjuicios resultantes de la infracción⁴¹. Así, al hablar de ‘indemnización de la mora’ parece hablar de la indemnización producida por el retardo.

Sin embargo, queda una interrogante al analizar cómo el acreedor podría solicitar la ‘indemnización de la mora’ juntamente con la indemnización ‘de los perjuicios resultantes de la infracción’. Es criterio de este trabajo que una correcta y sistemática lectura de este artículo permite distinguir que el mismo está diferenciando entre perjuicios moratorios y compensatorios y no dando una definición de mora.

En primer lugar, tanto en la hipótesis en la que la prestación todavía es de utilidad al acreedor como en la que no existe un incumplimiento total o definitivo por parte del deudor, el acreedor puede solicitar la ejecución de la prestación por un tercero, adicionalmente a los perjuicios moratorios. En cambio, el segundo derecho alternativo, entra en la hipótesis de que la prestación ya no es de utilidad para el acreedor, pues habilita solicitar los perjuicios compensatorios, resultantes del incumplimiento definitivo. En ese sentido, cuando el artículo 1569 del Código Civil se refiere a los perjuicios de la mora, hace una clara referencia a los perjuicios moratorios o producidos por el retardo y, a su vez, los diferencia de la constitución en mora y de los perjuicios compensatorios.

Se puede concluir, entonces, que el Código establece dos definiciones: 1.- a la mora en sentido amplio, incluyendo incumplimiento culpable más interpelación y, 2.- a la mora en sentido estricto, como el momento de la interpelación. Ambos son necesarios para que se pueda activar el remedio contractual de indemnización de perjuicios, pues se debe determinar que existe un incumplimiento culpable (sea este definitivo, imperfecto o retardo) y que el deudor ha sido constituido en mora.

Partiendo de esta definición, existen autores que proponen que la razón de ser de la mora en sentido estricto es la que fundamenta que los daños y perjuicios sean calculados desde la interpelación. En ese sentido, es menester analizar cuál es la función de la constitución en mora en régimen ecuatoriano.

⁴¹ Código Civil Ecuatoriano.

4.2. La utilidad de la interpelación en el sistema ecuatoriano

Como se mencionó previamente, parte de la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana parece entender que la función de la interpelación es poner en aviso al deudor de los daños causados al acreedor. En ese sentido, se entendería que previo a que el deudor se constituya en mora existe una especie de remisión de los daños causados. Sin embargo, para defender esta postura se debe necesariamente identificar a la mora con el retardo culpable, pues dicho sistema exigiría una diferenciación entre retardo e incumplimiento, siendo el primero una especie de protección al deudor al carecer de consecuencias jurídicas.

Este sistema tiene su origen en Roma. En la ley de las XII Tablas se fijaron plazos que el acreedor debía conceder al deudor antes de hacer efectiva su acreencia⁴². De esta manera, se empieza a diferenciar entre retraso e incumplimiento, concediéndole un plazo de gracia al deudor. Este régimen de *favor debitoris* encontraba su justificación en la severidad de las consecuencias del incumplimiento pues el acreedor podía vender al deudor o decidir su muerte.

Posteriormente, se puede encontrar la regulación de la mora en el Título 22.1 del Digesto⁴³, que fundamenta a la interpelación como la limitante entre el mero retardo y el incumplimiento, siendo esta necesaria para que el deudor conozca su situación. Se ha mencionado que

[s]in duda alguna, los juristas romanos se preocuparon en diferenciar aquellos supuestos en que el retraso generaba un incumplimiento definitivo de la obligación, de aquellos otros en que se podría llegar a la situación de *mora debitoris*. El criterio de distinción utilizado fue la persistencia del interés del acreedor en recibir la prestación tardíamente y la presencia de los elementos que configuraban la mora (sobre todo la existencia de culpa y la '*interpellatio*')

Pese a que en la actualidad las consecuencias del incumplimiento ya no son personales sino meramente patrimoniales, este entendimiento es usado para justificar el requisito de constitución en mora y entenderlo como un límite sustantivo a los daños que pueden ser solicitados. También, se ha dicho que el mismo dota de seguridad jurídica al

⁴² Voncenzo Arangio-Ruiz, *Las acciones en el Derecho Privado Romano* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945). 21-22 citado en Carlos N. Bosque Sanders, "Estudio sobre la mora del deudor, en cumplimiento de las obligaciones". 43.

⁴³ J. I. Cano Martínez de Velasco, *La mora* (Madrid: Edersa, 1978). 2. citado en Gema Díez-Picazo Giménez, "La mora del deudor". 60.

⁴⁴ Gema Díez-Picazo Giménez, "La mora del deudor". 60.

deudor pues “es conveniente que [este] sepa si el acreedor persiste en su interés de obtener la prestación”⁴⁵. Al respecto se ha dicho que:

[d]el deudor moroso cabe esperar un cumplimiento tardío o, quizá con mayor propiedad: estando el deudor en mora, pueden subsistir el interés del acreedor en la prestación específica y la posibilidad de esta, y así vendría la ejecución espontánea o forzada in natura, como también la indemnización de perjuicios, que no podrían ser otros que los moratorios⁴⁶.

En ese sentido, “la interpelación [sería] el acto por el cual el acreedor hace saber a su deudor que considera que hay retardo en el cumplimiento, y que éste le está ocasionando perjuicios”⁴⁷. Así, se fundamentaría que desde ese momento se calculen los daños que deben ser indemnizados⁴⁸. Sin embargo, este trabajo considera que esta definición es un mero rezago del entendimiento romano de la *interpellatio*. Esto, porque en la regulación actual, la interpelación se ha convertido en un mero requisito formal, que no tiene como finalidad “transformar el mero retardo en mora”⁴⁹.

Como se desprende del artículo 1567, el Código de Bello —replicado en el Código Civil ecuatoriano que entró en vigencia en 1860 y que se mantiene a la actualidad— recogió como regla general para la constitución en mora a la interpelación y como excepción, estableció la mora *ex re* para las obligaciones a plazo⁵⁰. Luis Díez Picazo ha mencionado que “[l]a [m]ora exige por regla general, una reclamación o intimación (constitución en mora) y deriva, una especial responsabilidad para el deudor”⁵¹. De esta forma, cabe preguntarse si esa responsabilidad especial mencionada por el autor es la de limitar los daños resarcibles.

Para empezar, se abordará las excepciones a la interpretación personal del artículo 1567 del Código. La primera, recogida en el número 1, contiene lo que se conoce como *dies interpellat pro homine* “que quiere decir que el tiempo interpela por el hombre [...]. De ahí

⁴⁵ *Ibíd.* 181.

⁴⁶ Fernando Hinestrosa, “Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones”, *Revista de Derecho Privado* 36. 2019. 14. doi: 10.18601/01234366.n36.0.

⁴⁷ René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo II*. 714.

⁴⁸ Postura que es recogida por nuestra jurisprudencia. Ver, Leonora Hernández c. DEMACOM, Expediente de Casación 160, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 8 de julio de 2008. Recuperado de LexisFinder.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ Artículo 1551 Código de Bello. Ver, Gema Díez-Picazo Giménez, “La mora del deudor”. 346.

⁵¹ Luis Díez Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. 663. citado en Carlos N. Bosque Sanders, “Estudio sobre la mora del deudor, en cumplimiento de las obligaciones”. 85-86.

que la llegada del plazo sustituye a la interpelación personal”⁵². Al respecto, la jurisprudencia⁵³ ha mencionado que:

[p]or regla general, la mora ocurre por el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de su obligación y cuando además, ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor, según lo dispuesto en el numeral 3o. del Art. 1604 (actual 1567) del Código Civil, sin que sea necesario el requerimiento según el sistema de la ley, cuando las partes han estipulado plazo para dicho cumplimiento, porque entonces ellas libre y voluntariamente han previsto con anticipación al vencimiento el efecto de la mora⁵⁴.

Se debe mencionar que no se exime de la responsabilidad de interpelación, sino que la misma se hace de manera automática. En esa misma línea, la CNJ ha dicho que:

‘[s]e llama interpelación contractual por cuanto en el contrato las partes han fijado el momento del cumplimiento, con lo cual se considera que el acreedor ha manifestado a su deudor que hasta esa fecha puede esperarlo, y desde que se vence, el incumplimiento le provoca perjuicios. Cumplido el plazo se van a producir coetáneamente tres situaciones jurídicas: exigibilidad, retardo y mora’⁵⁵.

Es importante resaltar que la CNJ se mantiene en afirmar que mediante esta ‘interpelación contractual’ el acreedor manifiesta que le está causando perjuicios y esto justificaría que la misma se entienda como un límite sustantivo. Sin embargo, la lógica de pactar un plazo atiende a la exigibilidad de la acción no a la manifestación de daños que se causan como sí lo hacen otras instituciones como la cláusula penal. Por lo que, de una lectura literal del Código, no se desprende que esa sea la razón de ser de la mora *ex re*.

No existe claridad sobre el alcance del numeral 2 de esa norma. Por un lado, para ciertos autores representa un plazo fatal. Es decir, que las partes habrían pactado una prestación que luego del plazo ya no le sería útil al acreedor. En cambio, para otros representa un plazo tácito que ha sido definido como aquel que es indispensable para cumplir la obligación. Abeliuk, como ejemplo menciona que “se requiere por razones de distancia, de cosecha, fabricación, etc; no se pueden pagar de inmediato. Y así en una compra al extranjero

⁵² Juan Ignacio Contardo González, “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el ‘Código Civil’”. 89-92.

⁵³ Ver, Gustavo Fabián Correa Valarezo c. Franco Andrés Machado Paladines, Juicio verbal Sumario No. 127-2002, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil., 7 de febrero de 20017 en Gaceta Judicial Año CVII, Serie XVIII, No. 4 p. 1421. Recuperado de LexisFinder.

⁵⁴ Fallo de 15 de abril de 1964, publicado en la Gaceta Judicial año LXVII, serie X, No. 4, pág. 2288. Citado en Tito Ely Mendoza Guillén c. Mario Patricio Rendón Alarcón. Considerando séptimo.

⁵⁵ Segundo Maldonado Valdivieso y Carmela Leonor Agreda Aguirre c. Carlos Alberto Núñez Navas y Mercedes Alicia Núñez Navas, Expediente de Casación 298, Corte Nacional de Justicia, Sala de los Civil Mercantil y Familia, 29 de junio de 2010. Recuperado de LexisFinder.

si no se fija fecha de entrega cuando menos se demorará todo el tiempo necesario para que la mercadería llegue a nuestro país”⁵⁶.

La primera tesis es defendida por autores —como Abeliuk— que defienden la función limitante de la mora. Así, se pone como ejemplo a la construcción necesaria para una exposición, que, si es entregada luego de la misma, ya no sería útil⁵⁷. Bajo esta lógica, la interpelación contractual se da al poner de manifiesto que el incumplimiento fuera del plazo causa daños pues la prestación ya no útil al acreedor. Sin embargo, no queda claro cómo podría limitarse los daños desde ese momento si el daño se produjo justamente por el no cumplimiento dentro del plazo fatal. Es decir, antes de la constitución en mora.

Otros autores consideran que el mismo es un plazo tácito⁵⁸ de manera que sería concordante con el primer numeral, pues antes de que transcurra este plazo el acreedor no podría exigir la obligación de buena fe. Criterio aparentemente reconocido por CSJ al mencionar que el artículo 1567

dispone las formas en que un deudor se constituye en mora, en los dos primeros numerales la mora se genera por el simple incumplimiento en el plazo establecido sea expreso o derivado de la naturaleza de la obligación y en el tercer caso cuando se necesita el requerimiento judicial para constituirle en mora al deudor⁵⁹.

Estas dos formas de constituir en mora —plazo expreso y tácito— no parecen representar un problema práctico, pues la constitución en mora y la exigibilidad de producen en un mismo momento. Por lo tanto, de existir perjuicios, los mismos no estarían limitados por la constitución en mora ya que el incumplimiento y la mora se producirían de manera automática. Adicionalmente, estas dos formas de constituir en mora ponen de manifiesto que el Código no diferencia entre retraso e incumplimiento, pues el mero retraso ya es considerado un incumplimiento.

Respecto de la regla general, se ha establecido que la interpelación *ex persona* se la realiza mediante “un acto formal que se denomina requerimiento o reconvención, [que] tiene por objeto exigirle el cumplimiento de la obligación so pena de incurrir en responsabilidad por el perjuicio”⁶⁰. También, se define a la interpelación como “el requerimiento que hace el

⁵⁶ René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo I*. 396.

⁵⁷ René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo II*. 717-718.

⁵⁸ Juan Ignacio Contardo González, “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el ‘Código Civil’”. 89-92.

⁵⁹ Manuel Ignacio Torres y Anita Cárdenas Rodríguez c. Nelly Benavides Cevallos. Considerando quinto.

⁶⁰ Rommy Moeller Gómez, “La indemnización de perjuicios”. 330-332.

acreedor al deudor en virtud del cual reclama el cumplimiento inmediato de la prestación”⁶¹. En nuestro sistema, la interpelación puede ser judicial o notarial⁶².

La CSJ, sobre el requisito de interpelación en las obligaciones puras y simples, ha mencionado que:

[e]s con la demanda que se expresa la inconformidad con el incumplimiento; sólo a través de este acto de parte se manifiesta que el incumplimiento está ocasionando daño o perjuicio, y esa inconformidad, con la demanda, cobra vida en el derecho a través del inicio de un proceso, cuando la demanda es citada al demandado⁶³.

Con respecto a la pretensión que debe contener la demanda judicial, en línea con Alessandri, se establece que la misma puede ser de cumplimiento de la obligación, de resolución e incluso, de indemnización de perjuicios⁶⁴. Sin embargo, este último criterio no es unánime, pues la CSJ en el caso TELEHOLDING S.A c. PACIFITEL S.A, estableció que la pretensión indemnizatoria no constituye en mora al deudor. Menciona que:

[...] con relación a aquellas que no estipulaban plazo se constituyó al deudor en mora con la citación de la demanda propuesta en su contra para el pago de daños y perjuicios, lo que no se ajusta a lo prescrito por la mencionada disposición, que en su numeral 3 [...], ya que no se puede hablar de que el acreedor ha reconvenido al deudor cuando por su incumplimiento ha incoado acción ordinaria para que le indemnice por los daños y perjuicios que le ha causado, ya que por requerimiento judicial debemos entender el ‘Acto de un juez o tribunal, dirigido a una de las partes litigantes o a un tercero para que haga algo o se abstenga de lo intimado’. (Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Ed. Heliasta, Santa Fé de Bogotá, Tomo VII, pág. 169). 3)⁶⁵.

Bajo este entendimiento, resultaría imposible establecer que la mora es necesaria para manifestar al deudor que le está causando daños. Al contrario, parece atender únicamente a un requisito para la acción de perjuicios, siendo imposible que el requisito de la acción sea su misma interposición. Así, antes de constituir en mora al deudor “hay un estado jurídico en que puede exigirse la obligación principal y en el cual, sin embargo, no podrían exigirse los

⁶¹ Julio Manrique de Lara Morales, “La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer”. 228.

⁶² “Son atribuciones exclusivas de los notarios, además de las constantes en otras leyes: 31.- Requerir a la persona deudora para constituir la mora, de conformidad con el artículo 1567 del Código Civil”. Ley Notarial, R.O. 158 de 11 de noviembre de 1966.

⁶³ Leonora Hernández c. DEMACOM. Considerando quinto.

⁶⁴ Tito Ely Mendoza Guillén c. Mario Patricio Rendón Alarcón. Considerando séptimo.

⁶⁵ TELEHOLDING S.A c. PACIFITEL S.A, Expediente de Casación 209, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, 14 de junio de 2007. Considerando cuarto. Recuperado de LexisFinder.

perjuicios”⁶⁶. Esto es concordante con el criterio imperante en la jurisprudencia ecuatoriana que establece a la indemnización de perjuicios como accesoria⁶⁷.

Sobre el análisis mencionado hasta este momento, queda claro que del Código no se desprende que la interpelación sea una manifestación al deudor de los daños causados. Mucho menos, una renuncia a los daños producidos con anterioridad a la interpelación, por lo que la función de la mora debería limitarse únicamente a un requisito formal. Sin embargo, esta no ha sido la interpretación jurisprudencial, pues la CSJ citando a Ospina Fernández ha dicho que:

para que el deudor quede constituido en mora y responda de los perjuicios ocasionados al acreedor, es también indispensable que este, mediante un acto formal que se denomina un requerimiento o reconvencción, exija de aquel el cumplimiento de la obligación. Hasta entonces se considera que dicho acreedor no sufre perjuicio por el retardo; su silencio se interpreta como la concesión tácita de un plazo de gracia para el cumplimiento de la obligación. Por el contrario, la reconvencción indica que el acreedor no está dispuesto a esperar más y sirve para notificarle al deudor que su retardo está ocasionándole perjuicios que, de continuar, comprometerán la responsabilidad de este⁶⁸.

Como se ha explicado, el entendimiento de interpelación recogido por Ospina Fernández y la CSJ no parece ser consecuente con la literalidad del Código, pues de ser este una notificación de daños ocasionados con el retraso, no hace sentido que la constitución en mora sea una exigencia general. Incluso, contraviene la literalidad de las obligaciones, pues, al establecer una obligación pura y simple, las partes determinan que la misma es exigible inmediatamente; y, al hacerlo a plazo o condición suspensiva, determinan el momento en que quieren que la misma sea exigible.

Por lo tanto, no cabe duda de que el deudor conoce que debe cumplir, y que, si incumple, se puede producir un daño. Bajo esta lógica, se puede concluir que basta con la presencia de una obligación exigible y alguno de los incumplimientos prescritos por el artículo 1572 del Código para que puedan existir daños que deben ser reparados.

⁶⁶ Arturo Alessandri Rodríguez, *Teoría de las Obligaciones*. 100.

⁶⁷ Ver, Fermín Arnulfo Basantes Pastaz c. Iván Cárdenas Arias y María Fernanda Bosmediano Flores, Caso No. 41-2011, Expediente de Casación 41, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 18 de enero de 2011. Recuperado de LexisFinder.

Únicamente en caso de que el contrato haya sido resuelto por avenimiento de plazo resolutorio, la CSJ ha reconocido la independencia de la acción indemnizatoria, pues no tendría sentido exigir que se demande la resolución de un contrato ya resuelto. Ver, Gustavo Fabián Correa Valarezo c. Franco Andrés Machado Paladines.

⁶⁸ Manuel Ignacio Torres y Anita Cárdenas Rodríguez c. Nelly Benavides Cevallos. Considerando quinto.

Más aún, tanto la doctrina como la jurisprudencia definen a la interpelación como una acción de cumplimiento o de resolución. Al permitir que la misma sea de resolución, ponen de manifiesto la intención del acreedor de no continuar con el contrato. De ninguna manera podría entenderse esta como una manifestación del mero retardo. Por lo tanto, es claro que para el Código Civil la mora debe entenderse como un sinónimo de incumplimiento culpable, el cual, para poder activar la indemnización de perjuicios, requiere de la constitución en mora *debitoris*.

Esta última, en la práctica, atiende únicamente a un requisito formal pues no se puede afirmar que existe una concesión tácita del acreedor a sufrir los perjuicios producidos previos a la interpelación. Su funcionalidad formal es defendida por la mayoría doctrinaria que fija como primera función de la mora a la “activación del remedio contractual”⁶⁹. Sin embargo, contrario a la interpretación literal y práctica del Código, una posición más atenuada ha buscado mantener la función de determinar la época en la cual el acreedor comienza a sufrir perjuicios, al menos en el caso de los perjuicios moratorios. Es por eso, que se abordará los fundamentos doctrinarios para limitar los daños causados a la constitución en mora.

5. La mora como requisito sustantivo de daños y perjuicios ¿se puede limitar únicamente los daños moratorios?

Uno de los mayores cuestionamientos que deben afrontar los autores que buscan dar a la mora un rol limitante como requisito sustantivo es la reparación de daños compensatorios, pues como se verá a continuación, los mismos se producen con el incumplimiento definitivo —es decir, salvo en la mora por incumplimiento de plazo, previo a la constitución en mora. Por lo cual, al menos en el caso de las obligaciones puras y simples y condicionales, aplicar estrictamente esta función implicaría reconocer que no se pueden resarcir los daños compensatorios que se suscitan inmediatamente a partir del incumplimiento. Esto, además de arrojar una consecuencia manifiestamente injusta, dejaría de lado la función indemnizatoria del Derecho de daños.

Es por esto que, dentro de los autores que identifican esta función, existe una corriente doctrinaria más atenuada. Abeluik, por ejemplo, propone que la mora “suspende la

⁶⁹ Juan Ignacio Contardo González, “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el ‘Código Civil’”. 83.

exigibilidad de los perjuicios compensatorios, y da nacimiento a los moratorios”⁷⁰. Es decir, que únicamente los daños moratorios deben ser calculados desde la constitución en mora⁷¹. En cambio, los daños compensatorios deben ser calculados desde que los mismos se producen. A continuación, se analizará la factibilidad de esta esta posición, pues parece ser la adoptada por la jurisprudencia ecuatoriana.

5.1. Distinción entre daños moratorios y compensatorios y su relación con la mora en la jurisprudencia ecuatoriana

En primer lugar, es necesario distinguir entre los daños moratorios y los daños compensatorios. Existen varios autores que establecen que la indemnización compensatoria hace referencia a la reparación de todos los daños generados por el incumplimiento definitivo⁷². En cambio, la indemnización moratoria busca resarcir los perjuicios generados por el retardo en el cumplimiento de la obligación ya sea porque este se ha cumplido parcialmente, imperfectamente o porque, no habiéndose realizado la prestación, la misma todavía es del interés del acreedor, y puede ser cumplida.

Los que hacen esta clasificación critican la confusión existente entre la indemnización compensatoria y el “cumplimiento por equivalencia”⁷³, que es “la misma obligación incumplida pero que cambia de objeto”⁷⁴. Por ejemplo, Peñailillo Arévalo menciona que es pertinente diferenciar al cumplimiento por equivalencia de la indemnización de perjuicios compensatoria.

El primero tiene lugar cuando, estando vigente la obligación, ya no es posible (o útil) el cumplimiento específico; en esta alternativa la obligación subsiste, pero varía de objeto, y el deudor es obligado a pagar el “precio” (o valor) de la prestación incumplida. La indemnización de perjuicios (o daños ulteriores) ya no persigue el valor de la prestación incumplida, sino resarcir los perjuicios que, más allá de la cosa o prestación no ejecutada, se causaron al acreedor por el incumplimiento⁷⁵.

⁷⁰ René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo II*, ed. 4rta. Actualizada (Dislexia virtual, s/f). 719.

⁷¹ Ver, Jorge Baraona González, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva”. 170.

⁷² Rommy Moeller Gómez, “La indemnización de perjuicios”. 327.

⁷³ René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo II*. 670-671.

⁷⁴ Juan Ignacio Contardo González, “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el ‘Código Civil’”. 85.

⁷⁵ Daniel Peñailillo Arévalo, “Responsabilidad contractual objetiva”. 335.

Sin embargo, este trabajo propone apegarse a la distinción clásica entre perjuicios compensatorios y moratorios, al ser esta la adoptada por la jurisprudencia ecuatoriana. Los primeros, se identifican con el valor monetario equivalente a la prestación del deudor que fue incumplida más todos los demás daños generados por el incumplimiento⁷⁶. Los segundos, buscan indemnizar la falta de cumplimiento oportuno de la prestación. Así, la indemnización compensatoria se buscaría cuando existe un incumplimiento definitivo, reemplazando toda la prestación. A su vez, la indemnización moratoria, puede ser incluida en la indemnización compensatoria, o solicitada junto al cumplimiento forzado⁷⁷. En ese sentido, “[e]l acreedor debe ser satisfecho o quedar ileso; en consecuencia, se le deben resarcir no solamente los daños irrogados por la inejecución total o parcial [...] sino también los que haya sufrido por el retardo en el cumplimiento de dicha obligación [...]”⁷⁸.

La razón de adoptar esta postura se fundamenta principalmente en el artículo 1569 del Código Civil referente a las obligaciones de hacer. Este artículo permite solicitar daños moratorios junto con la prestación realizada por un tercero, o junto con los daños compensatorios. Con respecto a los últimos, se entienden que los mismos reemplazan a la prestación no efectuada.

Así mismo, el artículo 1688 del Código establece que cuando el cuerpo cierto perece por culpa del deudor la obligación cambia de objeto y se debe: el precio (indemnización compensatoria) y la indemnización de perjuicios (moratoria)⁷⁹. En palabras de Alessandri, “[l]a indemnización compensatoria representa o substituye al objeto mismo de la obligación; la indemnización moratoria representa el beneficio que le habría reportado al acreedor el cumplimiento oportuno de la obligación por parte del deudor”⁸⁰.

Una vez diferenciados los daños moratorios y compensatorios, es pertinente analizar la posición jurisprudencial respecto de la función de la mora. Al respecto, la jurisprudencia ecuatoriana no es clara, pues acoge la postura que reconoce que antes de la mora el acreedor

⁷⁶ Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones*. 91.

⁷⁷ Ver, René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo II*. 672-673; Alfredo Barros Errazuriz, *Cursos de Derecho Civil segundo año, primera parte: Teoría de las Obligaciones en general*. 65-66.

⁷⁸ Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones*. 93.

⁷⁹ Arturo Alessandri Rodríguez, *Teoría de las Obligaciones*. 75-76.

⁸⁰ *Ibíd.* 77.

no sufre daños⁸¹, pero a la vez no parece poner este límite en casos de incumplimiento definitivo.

Por ejemplo, en el caso Comité Central de Padres de Familia de la Escuela Experimental Municipal Eugenio Espejo de varones c. MAD PUBLICIDAD, la CSJ conoció una acción de resolución del contrato de prestación de servicios en donde la empresa demandada incumplió la diagramación, diseño y elaboración de artes de revistas que la actora había programado vender. Al no existir un plazo en la demanda, y declarar el incumplimiento definitivo, la Corte determinó que los daños equivaldrían al valor “que habría producido las dos mil trescientas revistas que la entidad reclamante había programado vender a sus estudiantes en el acto de conmemoración de los ochenta años de funcionamiento de la Escuela Experimental Municipal ‘Eugenio Espejo’”⁸². Del caso se desprende que el cálculo de los daños no fue realizado desde la constitución en mora. A diferencia de los intereses que sí se calcularon desde la citación con la demanda⁸³.

En similar sentido, en la sentencia de tercera instancia del caso Pasteurizadora Súper de Guayaquil S.A. c. DEAR, la sala conoció un caso de resolución de un contrato de distribución de leche envasada, más daños y perjuicios causados por el incumplimiento. Al aceptar la pretensión de resolución, como daños y perjuicios se concedió el valor de 3.000 litros diarios a 20 ctvs. por litro. Para determinar este valor, no se tomó en cuenta el tiempo de constitución en mora, sino el tiempo del incumplimiento hasta el tiempo en que hubiera finalizado el contrato de haberse cumplido⁸⁴.

En ese sentido, parecería que la Corte adopta la postura del sector de la doctrina que considera que el límite sustantivo de la constitución en mora es únicamente para los daños moratorios y no los que se producen por incumplimiento definitivo. Por ello, este trabajo debe analizar si sostener esa postura es factible pese a que, como se mencionó, el Código no parece hacer esta distinción.

⁸¹Zoila Edelmira Valle Carvaja c. Jorge Humberto Solís Pérez, Caso No. 74-2008, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Sentencia de 25 de marzo del 2008. Considerando quinto. Recuperado de LexisFinder.

⁸²Comité Central de Padres de Familia de la Escuela Experimental Municipal Eugenio Espejo de varones c. MAD PUBLICIDAD, Expediente de Casación 353, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, 31 de octubre de 2007. Considerando sexto. Recuperado de LexisFinder.

⁸³*Id.*

⁸⁴Gaceta Judicial Año LXXVII, Serie XII. No. 13, 16 de diciembre de 1976, p. 2855. Recuperado de LexisFinder.

5.2. ¿Es la mora un límite sustantivo a los daños moratorios?

La distinción entre daños moratorios y compensatorios tendría cabida en un sistema en que la mora sea un requisito únicamente de los perjuicios producidos por el retardo y no de todos los incumplimientos. En ese sentido, Osterling menciona que al estar

frente a un incumplimiento total y definitivo que no constituye en mora al deudor, sino que, simplemente, lo hace responsable de los daños y perjuicios compensatorios. La interpelación, requisito para constituir en mora al deudor, carecería de objeto, pues es evidente que no podría exigírsele judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación⁸⁵.

De manera similar, Albaladejo sostiene que en las hipótesis de incumplimiento definitivo no se puede hablar de mora⁸⁶. Sin embargo, a luz de los intérpretes del Código de Bello, y de la literalidad del artículo 1573, queda claro que el Código Civil “exige la constitución en mora del deudor para la indemnización de todos los perjuicios, tanto compensatorios como moratorios”⁸⁷. Por ejemplo, Claro Solar junto con Alessandri expresaban que la mora prevista en el Código Civil chileno no hace una diferencia entre perjuicios moratorios y compensatorios, por lo que no sería ideal que los haga el intérprete⁸⁸.

Pese a que el Código no hace esta distinción, algunos autores han buscado armonizar la definición clásica de mora (retardo) con la disposición del Código. Por ejemplo, Abeliuk considera que la mora sigue siendo retardo porque aún no se sabe si se está frente a un incumplimiento definitivo o no⁸⁹. Es decir, estos autores consideran que los daños moratorios corresponderían “únicamente a los perjuicios ocasionados por la mora, o sea, por el retardo culpable del deudor”⁹⁰. Pues, como menciona Abeliuk,

[p]arece mucho más lógico limitar la necesidad de interpelación al deudor por los perjuicios moratorios; los compensatorios existirían cuando haya incumplimiento total o parcial definitivo- no se ve qué tiene que hacer en esto la actividad del acreedor. En cambio, por el

⁸⁵ Felipe Osterling Parodi, “Mora del deudor”. 55.

⁸⁶ Manuel Albaladejo, *Curso de Derecho Civil Español Común y Foral* (Barcelona, 1977). 98 citado en Carlos N. Bosque Sanders, “Estudio sobre la mora del deudor, en cumplimiento de las obligaciones”. 144.

⁸⁷ René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo II*. 711. Ver, Juan Ignacio Contardo González, “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el ‘Código Civil’”. 81; Fernando Fueyo Laneri, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004). 440.

⁸⁸ Arturo Alessandri Rodríguez, *Teoría de las Obligaciones*. 98; Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones*. 93; Juan Ignacio Contardo González, “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el ‘Código Civil’”. 81-82.

⁸⁹ René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo II*. 711.

⁹⁰ Rommy Moeller Gómez, “La indemnización de perjuicios”. 328.

requerimiento el acreedor hace saber al deudor que lo considera retardado en el cumplimiento, y en este atraso le causa perjuicios⁹¹.

Este trabajo, apegado a la opinión de Fueyo Laneri⁹², considera que no es sostenible realizar tal distinción. En primer lugar, se considera que el simple retardo sí puede originar perjuicios al acreedor⁹³. Por ejemplo, en el caso citado previamente Pasteurizadora Súper de Guayaquil S.A. c. DEAR, el acreedor podría haber solicitado el cumplimiento del contrato. Al ser este un contrato de tracto sucesivo, el cumplimiento —es decir, la distribución de la leche— debería continuar desde el momento de la sentencia. Así, entre el incumplimiento y la sentencia habría existido perjuicios moratorios que, de considerarse producto de la mora, solo se habrían resarcido desde la citación.

Sin embargo, la sentencia, al conocer una acción resolutoria, calculó los daños y perjuicios desde el incumplimiento, que hasta antes de interponer la acción era meramente retardo. Es decir que, si se acoge la tesis propuesta por la jurisprudencia, resultaría mejor solicitar la resolución del contrato al cumplimiento forzado, pues la protección al acreedor sería mayor. Este razonamiento no es concordante con la literalidad del Código que exige que la mora se tome como requisito para cualquier incumplimiento y por lo tanto para cualquier acción que acompañe a la de daños y perjuicios.

Esta distinción es más patente cuando se contrastan las obligaciones de plazo con las obligaciones puras y simples, y las condicionales. En el caso, si se hubiera fijado un plazo de distribución, se hubiera logrado el mismo resarcimiento moratorio que el ocurrido en el compensatorio. Sin embargo, al no tener plazo —o al ser la obligación condicional—, se debe esperar a la citación para que se resarzan los daños, olvidando que estos ya se generaron con anterioridad. Así, en virtud “del principio de la reparación integral, el juez debe tener todos los elementos de juicio necesarios para determinar las variaciones que el daño haya podido sufrir desde el día del incumplimiento hasta el momento de dictar sentencia”⁹⁴.

En ese sentido, queda claro que el Código no hace una distinción entre daños moratorios y compensatorios. Además, realizar esta distinción genera problemas prácticos

⁹¹ René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo II*. 712.

⁹² “El profesor Fueyo sostiene que se deben los perjuicios producidos antes de la mora, pero no pueden reclamarse sin ella.” Fernando Fueyo Laneri, *Derecho civil, de las obligaciones* (Santiago: Universo, 1958). 303, citado en René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo II*. 718.

⁹³ Julio Manrique de Lara Morales, “La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer”. 185.

⁹⁴ Gema Díez-Picazo Giménez, “La mora del deudor”. 181.

en donde se generan regímenes de protección distintos de acuerdo con el tipo de obligación y a la pretensión. “Se estaría diferenciando, sin base alguna en el sistema legal de las obligaciones ni en algún principio de justicia material, a los deudores dependiendo del tipo de incumplimiento que se contemple”⁹⁵. De esta forma, parece quedar claro que tanto de la definición de mora, la funcionalidad actual de la interpelación y la practicidad del sistema, la función de la mora *debitoris* debería ser estrictamente formal.

6. Una lectura integral de la mora *debitoris* en el Código Civil

Pese a lo mencionado previamente, la doctrina chilena ha considerado esta interpretación contraria a la literalidad del artículo 1573 del Código Civil, que establece que se “debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora”. A su modo de ver, resulta poco práctico que el Código exija la mora únicamente como requisito para la acción. Sin embargo, en respuesta, Fueyo Laneri ha propuesto una lectura que se amolde a la practicidad y al principio de reparación en los que se funda el Derecho daños. Ha dicho que:

[p]or lo mismo que el vocablo ‘desde’ es parte de muchos modos adverbiales que suponen tiempo o lugar. [...] Nadie podría dudar que desde ese momento que señala el art. 1.557 [1573 del CC ecuatoriano] cabe cobrar perjuicios. Pero ¿quién podría fundar la negativa de indemnización por daños y perjuicios acaecidos antes de ese instante y debidamente acreditados? ¿Y cómo podría negarse el derecho de fondo, al cobro de una reparación proveniente de un acto ilícito e injusto? ¿O es que haríamos recaer sobre el acreedor un riguroso deber de compulsión para defender su propio interés?⁹⁶.

Luego, Fueyo Laneri denota que no existe en el Código ninguna disposición que diferencie entre simple retardo e incumplimiento generado con interpelación. Trasladando esta discusión al Código ecuatoriano, se puede observar que el artículo 1572 establece claramente que el retardo en el cumplimiento en la obligación es generador de daños y perjuicios. Además, como se mencionó con anterioridad, el artículo 1573 no limita la constitución en mora a aquellos daños provenientes del retardo.

En consecuencia, ‘desde la mora’ no descarta el tiempo que va desde el momento en que debió cumplirse fielmente la obligación y aquel en que empieza el tan importante ‘desde’. Es el deudor quien deberá probar el acontecimiento excepcional de haberle querido liberar de obligatoriedad el acreedor, que equivale a una remisión parcial, en cuanto a tiempo. Pero lo que se presume es la obligatoriedad y no la exención de ésta. [...] La simple tardanza puede

⁹⁵ *Ibíd.* 425.

⁹⁶ Fernando Fueyo Laneri, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. 443.

dar origen a la reparación de perjuicios, sin necesidad de constitución en mora. No implica aquiescencia⁹⁷.

Se puede observar que la teoría de Fueyo Laneri tiene concordancia con la seguridad jurídica, pues, no existiría una explicación para que en el caso previamente analizado se establezca tres regímenes diferentes de reparación dependiendo del tipo de obligación y la pretensión del acreedor. Adicionalmente, no se puede olvidar que el Código sí establece un límite a los daños resarcibles, y lo hace de manera expresa: la previsibilidad.

El artículo 1574 del Código Civil establece que, en aquellos casos en que el incumplimiento no haya sido doloso, solo se deben indemnizar “los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”. En cambio, cuando existe dolo, el deudor responde por “todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado en su cumplimiento”. Así, no se desprende de la literalidad del cuerpo normativo que la mora sea también un requisito sustantivo.

Más aún, esta postura sería la más apegada a un sistema que busca reflejar el *pacta sunt servanda*, pues, si el ordenamiento otorga a la parte diligente la protección de hacer subsistir el contrato o resolverlo, unida a la indemnización de perjuicios⁹⁸, no queda claro, bajo este sistema, por qué se diferenciaría a un acreedor diligente amparado por un plazo frente a otro que no lo ha pactado. Incluso más preocupante, no se entiende por qué un acreedor que pactó un plazo tendría un resarcimiento integral mientras que uno que pactó una condición no. Esto, considerando que su postura adoptada es que el plazo manifiesta cuándo el incumplimiento causa daños, bajo esa lógica la condición también debería hacerlo.

El mismo Abeliuk señala que, “si las partes no tuvieran la convicción de que los contratos se cumplirían en todos los eventos posibles y supieran, en cambio, que lo convenido está expuesto a toda clase de alternativas legales y judiciales, [...] convertirían la negociación jurídica en un juego especulativo”⁹⁹. Cuestión que se acentúa aún más en un ordenamiento como el nuestro, donde la constitución en mora del deudor puede resultar tardía. En este

⁹⁷ Fernando Fueyo Laneri, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. 444. Citando a Puig Peña, *Tratado de Derecho Civil español* tomo IV, Vol. II (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1951). 221-222.

⁹⁸ René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo I*. 441.

⁹⁹ *Ibíd.* 101.

contexto, no parece acertada la posición de Alessandri según la cual si “el acreedor no se queja, no hay perjuicio”¹⁰⁰.

Finalmente, este trabajo es consciente que la lectura propuesta parecería proponer que la mora es una institución fútil. Sin embargo, se coincide con Barros Errazuriz al establecer que la mora es un estado legal¹⁰¹ que acarrea consecuencias al deudor. En ese sentido, sólo se disiente en que dentro de estas consecuencias se establezca un sistema exoneratorio de daños. Esto, pues, incluso desde la época del Digesto los romanos diferenciaban entre la función de la mora de traslación del riesgo, y la mora como límite para exigir daños causados por el retraso.

Así se dice que ‘*Minus solvit qui tardius solvit*’ (D. 50, 16, 12, 1). El retraso en el cumplimiento siempre produce un daño al acreedor, ya que ‘paga menos el que paga después de lo debido, pues puede pagarse menos, tanto por lo que se paga, como por cuándo se paga’. Este pasaje de Ulpiano demuestra que los juristas eran conscientes del daño que generaba el retraso en el cumplimiento de las obligaciones. Sin duda, tenían que considerar el riesgo de la pérdida de la cosa debida, al que antes se hacía alusión, pero también el daño que causaba el retraso en el cumplimiento de las obligaciones¹⁰².

Por esa razón, si bien se está fuera del objeto de este trabajo, no puede dejar de mencionarse brevemente los demás efectos de la mora. Por ejemplo, se ha establecido que la constitución en mora del deudor hace responsable al mismo por la pérdida de la especie en casos de existir caso fortuito o fuerza mayor¹⁰³. En concreto, el deudor empieza a correr con el riesgo de la especie o cuerpo cierto, alterando la regla *res perit creditori*¹⁰⁴. Por lo que, el deudor en mora responde por el valor de la especie más la indemnización de daños y perjuicios. Esto, con la excepción de que el caso fortuito o fuerza mayor igualmente hubiera afectado a la especie en caso de estar en manos de acreedor¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Arturo Alessandri Rodríguez, *Teoría de las Obligaciones*. 105.

¹⁰¹ Alfredo Barros Errazuriz, *Cursos de Derecho Civil segundo año, primera parte: Teoría de las Obligaciones en general II*. 66-67.

¹⁰² Gema Díez-Picazo Giménez, “La mora del deudor”. 75-76.

¹⁰³ Ver, Artículo 1564 y 1566, Código Civil Ecuatoriano; Felipe Osterling Parodi, “Mora del deudor”. 59; René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo II*. 152; Alfredo Barros Errazuriz, *Cursos de Derecho Civil segundo año, primera parte: Teoría de las Obligaciones en general II*. 72.

¹⁰⁴ Ver, Juan Ignacio Contardo González, “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el ‘Código Civil’”. 87; René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones Tomo II*. 720; Alfredo Barros Errazuriz, *Cursos de Derecho Civil segundo año, primera parte: Teoría de las Obligaciones en general II*. 72.

¹⁰⁵ Ver, Artículo 1563, Código Civil Ecuatoriano; Juan Ignacio Contardo González, “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el ‘Código Civil’”. 88.

Estas variedades de efectos de la mora logran explicar la funcionalidad legal de la constitución en mora, sin necesidad de entenderla como una limitante a los daños moratorios. Más bien, si se mira en conjunto el sistema moratorio, este parece “agravar la responsabilidad del deudor”¹⁰⁶. Por lo que, si se afirmara que marca el punto dónde se deben los perjuicios, parecería que el responder por los mismos es una especie de castigo, alejándose del sistema compensatorio.

7. Conclusiones

Una vez concluido el análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial referente a la función de la mora en la obligación indemnizatoria resultante del incumplimiento contractual se tienen como hallazgo principal que la misma atiende a un requisito formal para exigir la acción. Además, se niega la tesis que entiende a la constitución en mora como el momento desde dónde se deben contar los daños pues se demostró que, en el sistema ecuatoriano, la mora aplica a todo tipo de incumplimiento y la interpelación cumple un rol meramente formal.

El Código Civil, al establecer el requisito de mora *debitoris* no diferencia entre daños compensatorios y moratorios. En ese sentido, si la institución de la mora fuera también un límite a los daños que pueden ser solicitados debería serlo tanto para daños compensatorios y moratorios y no únicamente para estos últimos como erróneamente ha pretendido afirmar la tesis adoptada por la jurisprudencia ecuatoriana. Inclusive, de adoptarse esta postura se arribaría a consecuencias contrarias a principios como el *favor contractus*, pues sería preferible optar por la resolución al cumplimiento del contrato. Finalmente, si el Código quisiera darle la función limitante lo hubiera realizado de manera expresa como lo hizo en el caso de los daños imprevisibles.

La determinación de la función de la mora dentro del sistema de responsabilidad contractual permite una correcta aplicación de la función compensatoria del Derecho de daños, que busca dejar indemne al acreedor, frente al incumplimiento de su deudor. Así, permite que los administradores de justicia realicen una correcta reparación de los daños probados desde el momento en que ocurre objetivamente el incumplimiento.

¹⁰⁶ Alfredo Barros Errazuriz, *Cursos de Derecho Civil segundo año, primera parte: Teoría de las Obligaciones en general* II. 72

Esta conclusión presenta ciertas limitaciones, pues, el análisis se realizó respecto al régimen general sin tomar en cuenta las particularidades que abarca cada tipo de prestación (dar, hacer y no hacer). De manera particular, este trabajo considera importante que en futuras investigaciones se amplíe el rol de la mora respecto a las prestaciones de no hacer y se responda la siguiente pregunta: ¿el incumplimiento de las obligaciones negativas constituye una especie de mora automática o el sistema exime del requisito en este tipo de obligaciones? Asimismo, se invita a abordar el carácter accesorio de la obligación indemnizatoria.

Estas interrogantes, así como la pregunta objeto de este ensayo, han sido analizadas de manera superficial por la jurisprudencia, llegando incluso a adoptar posturas distintas en diferentes motivaciones. En ese sentido, es necesario que las Cortes empiecen a preocuparse por replantear el entendimiento de los requisitos necesarios para la responsabilidad civil contractual. Más aún, es necesario que a nivel legislativo se plantee la eficacia y practicidad de un sistema que en la contratación actual ya no tiene cabida, como lo es la mora.