

¿EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO O EXCEPCIONAL DOLOR DE CABEZA?

EDUARDO BARBOZA BERAÚN⁽¹⁾

Profesor de Contratos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Master en Derecho (LL.M) University of Virginia.

SUMARIO:

I. Introducción. - II. Análisis: 1. Elementos; 2. Mora. - III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

No hay duda de que los contratos son concertados para ser cumplidos, ya que de otra forma las partes no contratarían. En efecto, como señalan OSTERLING y CASTILLO², "es claro que las obligaciones se celebran para cumplirse". Tampoco se duda de la obligatoriedad de los contratos, pues de conformidad con el artículo 1361 del Código Civil (en adelante "Código"), son *pacta sunt servanda*, vale decir, son ley para las partes, o como con mayor precisión señala el artículo 1091 del Código Civil español "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos".³ En caso contrario, hasta las posturas más modernas del análisis económico del derecho⁴ perderían importancia, dado que en lo que a contratos se refiere, tal análisis de "incumplir es más barato que cumplir la obligación" se da precisamente porque el contrato es obligatorio. De lo contrario, no necesitaríamos efectuar tal operación económica.

Sin embargo, toda relación contractual implica riesgos, por ello, la previsión y evaluación de los mismos resulta de gran importancia, a fin de no enfrentar posteriores realidades embarazosas en la fase de cumplimiento del contrato.

Entre tales riesgos figuran básicamente: (i) el riesgo de insolvencia de las partes, mediante el cual el deudor puede caer en estado de insolvencia, de modo tal que su correspondiente acreedor se vea, en la práctica, imposibilitado de ejecutar forzosamente el cumplimiento de la prestación prometida; (ii) el riesgo cambiario o monetario, debido a que la moneda utilizada se encuentra sujeta a la libre fluctuación, vale decir, que aumenta o disminuye su valor en relación con otras monedas; (iii) el riesgo político o riesgo país donde se contrata, debido a decisiones económicas o políticas de Estado que repercuten directa o indirectamente en el contrato; y

⁽¹⁾ El autor agradece profundamente a Soledad Otazco Pardo sus muy valiosos aportes de edición, así como su permanente apoyo y estímulo.

⁽²⁾ A mis Padres, ejemplo de ejemplos.

¹ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las obligaciones*. Tomo IV, Biblioteca para leer el Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1994, pág. 155.

² Decimos con mayor precisión, pues técnicamente el contrato se extingue una vez que se celebra y lo que queda vigente es la relación jurídica obligacional, sobre cuya base las partes contratantes, ahora deudor y acreedor, deben cumplir sus respectivas obligaciones.

³ Al respecto, puede consultarse el texto de POSNER. (POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, Third Edition, Little, Brown and Company, Boston and Toronto, 1986.)

finalmente, (iv) el riesgo de incumplimiento, pues en todo contrato, cualquiera sea su forma, el hecho que cada parte cumpla con la prestación a su cargo, y así satisfaga el interés de su acreedor, constituye siempre un riesgo presente. En otras palabras, el riesgo de incumplimiento existe "en potencia" en todo contrato.

En efecto, el incumplimiento es un riesgo latente, expresa o implícitamente asumido por las partes en cualquier relación contractual, desde el contrato más sencillo -como podría ser uno de compraventa de una colección de libros- hasta uno que forme parte de un *project finance*⁴, tales como la instalación de una planta eléctrica, una obra de infraestructura vial o el financiamiento para la construcción de algún proyecto. En consecuencia, las partes deben invertir tiempo en la previsión y evaluación de riesgos en cada caso específico. De allí la máxima, *contatare es prevedere*. Resulta fundamental, entonces, incluir en el contrato mecanismos efectivos a fin de evitar o neutralizar tales riesgos de alguna manera, como podrían ser, entre otras, la utilización de penalidades, constitución de garantías, pacto de intereses, cláusulas de resolución expresa o mecanismos alternativos de resolución de controversias.

Ahora bien, a efectos de neutralizar indirectamente el riesgo de la falta de cumplimiento en sentido genérico, el legislador de 1984 ha recogido cuatro derechos fundamentales que protegen al acreedor, propios de un contrato con prestaciones recíprocas. Cabe precisar que tales prerrogativas son para ambas partes contratantes, pues tratándose de relaciones recíprocas o interdependientes, ambas son partes deudoras y acreedoras al mismo tiempo. Tales herramientas legales, que no se producen en otra clase de contratos,⁵ pues son propias de los contratos con prestaciones recíprocas, de acuerdo con los artículos 1426 al 1433 del Código, son: (i) la excepción de incumplimiento, (ii) la caducidad de término, (iii) la resolución del contrato, y (iv) la teoría del riesgo.

II. ANÁLISIS

De acuerdo con ARIAS SCHREIBER⁶: "en los contratos con prestaciones recíprocas o correlativas, existen hasta cuatro derivaciones fundamentales, a saber: (1) La excepción de incumplimiento, en virtud de la cual una de las partes puede eximirse de la obligación de realizar la prestación a su cargo, si la otra no cumpliera la que le corresponde, o al menos no garantizara cumplirla. (2) La excepción de caducidad de plazo, que opera en la hipótesis de prestaciones que deben satisfacerse en oportunidades distintas, y que permite a la parte que debía realizar la prestación en primer lugar suspender su cumplimiento, cuando exista riesgo de que la contraparte que debe hacerlo después, no la satisfaga. (3) La resolución de la relación obligatoria nacida del contrato, en caso de incumplimiento de la prestación. (4) La teoría del riesgo, que radica en establecer cuál es la situación del contratante en la eventualidad de que la prestación a cargo de la otra parte no sea susceptible de cumplirse por causa de su imposibilidad sobreviniente".

⁴ Tal como comenta LORENZETTI, el *project finance* no es un contrato, sino que su estructura legal es muy variada, y se trata más bien de un grupo de contratos enlazados para una determinada operación. (LORENZETTI, Ricardo Luis, *Redes Contractuales*. Buenos Aires.)

⁵ Constituye una excepción el artículo 1434 del Código que recoge los usos de la teoría del riesgo (conocida también como la teoría del siniestro) y del incumplimiento para aquellos contratos en los que los intervinientes asumen el cumplimiento de prestaciones plurilaterales autónomas o independientes, dispositivo con el que debemos manifestar nuestra disconformidad.

⁶ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Excepciones Contractuales*. Lima, 1986, pág. 109.

Ahora bien, el tema materia del presente artículo trata sobre la excepción de incumplimiento, conocida en la doctrina como la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido. Al respecto, el artículo 1426⁷ dispone que: "En los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene el derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento". Como se puede apreciar, mediante dicha excepción, que podríamos calificar como una acción de incumplimiento legal autorizado, una parte contratante puede suspender legítimamente el cumplimiento de la prestación a su cargo hasta que su contraparte cumpla o garantice el cumplimiento de su respectiva prestación. Por ello, MOSSET ITURRASPE⁸ dice con justa razón "no puede constituirse en mora al excepcionante por su falta de ejecución".

1. Elementos

Sobre el particular, la Exposición de Motivos del Código⁹, señala que: "la suspensión permitida por el artículo 1426 exige, como condiciones ineludibles, la existencia de prestaciones recíprocas entre las partes; la satisfacción simultánea de las mismas; la buena fe de quien la invoca y, la falta de cumplimiento simultáneo del otro contratante".

(i) Con relación al primer requisito, la reciprocidad, tal como la entiende el Código, se asienta en una conexión entre las prestaciones, una interdependencia entre las mismas, o correlación de ventajas y sacrificios que obtienen las partes, lo que modernamente, se ha pasado a calificar como el contrato oneroso. En efecto, en opinión de FARINA¹⁰, el concepto de obligaciones recíprocas es equivalente al de los contratos onerosos. En esa misma línea, y precisando más aún, MESSINEO¹¹ sostiene que "la categoría del contrato oneroso abarca, por consiguiente, además de todos los contratos con prestaciones recíprocas, también algunos contratos con prestación de una sola parte". Lo que importa en definitiva, como bien apunta DE LA PUENTE¹², es que el contrato sea "apto para generar tanto el sinalagma genético, mediante la creación de obligaciones recíprocas, cuanto el sinalagma funcional, a través de una relación jurídica obligacional cuyo cumplimiento se realiza con la ejecución de prestaciones también recíprocas". En otras palabras, se trata de que exista reciprocidad en todo momento del iter contractual. Cabe, finalmente, precisar al

⁷ Esta norma tiene como antecedente inmediato el artículo 1342 del Código civil de 1936, el cual a su vez se inspiró en los artículos 1201 del Código civil argentino y 1092 del Código civil brasileño anterior al reciente texto brasileño de enero de 2003. Tal artículo 1342 disponía que: "En los contratos bilaterales no podrá una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no ha cumplido, u ofreciere cumplirlo."

⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios compulsivos en derecho privado*. Edit. Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1978, pág. 170.

⁹ REVOREDO DE DEBAKEY, Della. *Código civil. Exposición de motivos y comentarios*. Parte III, Segunda Edición, Lima, 1988, pág. 87.

¹⁰ FARINA, Juan M. *Revisión y resolución de contratos*. Rosario, 1965, cit. N° 144.

¹¹ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo I, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, pág. 421.

¹² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Vol. XX, Tomo IV, Primera Edición, Lima, 1993, pág. 193.

respecto que, con la audacia legal y claridad que lo caracteriza, DE LA PUENTE¹⁵ nos alerta acerca de la conveniencia práctica de pactarse la reciprocidad en los contratos.

(ii) Sobre el segundo y cuarto requisito que sostiene la mencionada Exposición de Motivos del Código, por un tema pedagógico más que de orden, regresaremos luego de referirnos brevemente al tercer requisito.

(iii) Respecto del tercer requisito aludido, vale decir, la buena fe de quien invoca la excepción de incumplimiento, es perfectamente acorde con el artículo 1362 del Código, según el cual “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. (El subrayado es nuestro) Ejecutar de buena fe el contrato es un deber medular en la contratación.

Dicho artículo 1362 del Código es una norma jurídica claramente imperativa, clasificación que emana del verbo “deber”, cuyo uso por parte del legislador no implica una recomendación o consejo, que al fin y al cabo no es la función de la ley imperativa, sino un mandato legal. Al respecto, refiriéndose a las normas imperativas, GIORGI¹⁶ apunta claramente que “serán imperativas cuando acompañen las palabras bajo pena de nulidad, no podrán, deben u otras equivalentes”.

El referido artículo 1362 forma parte de todo contrato, respondiendo a un principio de integración contractual cogente o imperativa, y por ello, ejecutar un contrato sin observar las reglas de la buena fe importa un incumplimiento contractual, con todas las consecuencias legales que tal incumplimiento conlleva.

En consecuencia, contravenir dicho dispositivo resulta en una conducta contraria e ilegal, y por tanto, se dice que ello implica actuar de mala fe. En efecto, siguiendo a DE LOS MOZOS¹⁷, la mala fe es un concepto puramente negativo que denota ausencia de buena fe. En otras palabras, si no se actúa de buena fe, se está actuando de mala fe.

Finalmente, regresando al segundo y cuarto requisito que sostiene la referida Exposición de Motivos del Código debemos centrarnos en la simultaneidad. Al respecto, téngase en cuenta que este requisito de la simultaneidad recién aparece en el artículo 74 de la quinta Ponencia sustitutoria y del Anteproyecto, manteniéndose finalmente en los artículos 1450 del primer Proyecto y 1390 del segundo Proyecto. Cabe indicar, sin embargo, que este último artículo a diferencia del artículo 1450 incluía un interesante segundo párrafo que la actual norma 1426 no rescató, y que señalaba que “Igual derecho corresponde a la parte que deba cumplir su contraprestación de manera diferida, cuando se trate de contratos de prestaciones recíprocas que no deban ejecutarse simultáneamente”.

Preguntémonos, entonces, qué quiere decir la norma con el término simultaneidad. Para tal efecto, debemos precisar que no preguntamos qué quiso decir el legislador, pues, como bien indica ALBALADEJO¹⁸ “el sentido que debe

¹⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Posibilidades de reciprocidad convencional*. *Advocatus*, N° 4, Mayo, 2001, pág. 89.

¹⁶ GIORGI, Jorge. *Tratado de las obligaciones*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, Vol. I, pág. 386.

¹⁷ DE LOS MOZOS, Jorge Luis. *El principio de la buena fe*. Bosch, Casa Editorial S. A., Barcelona, 1965, pág. 64.

buscar la interpretación es el de la norma en sí (...), es decir, el sentido de la norma no es inmutable, sino que puede cambiar a tenor de la situación de la misma en la totalidad del ordenamiento jurídico y de las existencias de la realidad. Razón por la que hay que excluir que por sentido de la norma debe entenderse el que quiso dar el legislador que la dictó (*voluntas legislatoris*), pues, por otro lado, la vigencia de tal norma se apoya, no en el legislador que la dictó, sino en el legislador que la mantiene". En esta misma línea, comenta COVIELLO¹⁷, "lo que se llama espíritu o sentido de la ley no es la voluntad del legislador, sino la voluntad de la ley considerada objetivamente como un ente que existe por sí dotado de fuerza propia. Decir precisamente que el espíritu de la ley se identifica con la voluntad del legislador es algo que no está conforme con la realidad de las cosas, especialmente, si se atiende a la formación de la ley en los estados modernos".

Ahora bien, para absolver la pregunta planteada debemos tener presente que existen contratos cuyas prestaciones son ejecutadas simultáneamente en el tiempo, y existen otros que no, es decir, aquellos en los que una de las partes debe cumplir primero, mientras que la otra parte debe cumplir después. Siendo, probablemente, mayor el número de contratos celebrados bajo esta última modalidad, son estos los que más requieren de la herramienta contractual prevista en el artículo 1426 cuando una parte no cumple con la otra.

Cabe preguntarse, ¿si en este segundo tipo de contratos, quien debe cumplir primero es quien incumple, podría, entonces, quien debe cumplir en segundo lugar, deducirle la excepción de incumplimiento?, ¿o será que no está permitido porque no se ha cumplido con el requisito de la simultaneidad, sin más remedio que tener que cumplir la prestación a su cargo?

Si la norma exigiera como requisito una simultaneidad en el tiempo, ello querría decir que la parte fiel del segundo tipo de contrato aludido en el párrafo anterior no podría utilizar la *exceptio non adimpleti contractus*, tratándose paradójicamente sin duda de aquellos contratos que necesitan aún más dicha herramienta contractual.

Creemos que, en cualquiera de los dos casos, debería poderse deducir esta excepción, incluso con mayor razón cuando se trata de cumplimientos no simultáneos o en tiempos diferentes. En efecto, la Exposición de Motivos del Código¹⁸ señala expresamente que "ciertamente nada obsta para que el incumplimiento sea previo y no simultáneo". Igualmente, y previamente a la promulgación del Código, el mismo DE LA PUENTE¹⁹ afirmó en su Tesis Doctoral que "puede darse también el caso de que las prestaciones deban cumplirse en distintos momentos. En tal caso, puede invocar la excepción la parte que debía cumplir después, si es que la parte que debía cumplir primero le exige el cumplimiento de su prestación sin haber ella cumplido la suya".

¹⁶ ALBALADEJO, Manuel. *Interpretación de las normas jurídicas civiles*. Libería Bosch, Barcelona, Tomo I, Volumen Primero, págs. 115-116.

¹⁷ COVIELLO, Nicolás. *Doctrina general del derecho civil*. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, págs. 71-72.

¹⁸ REVOREDO DE DEBAKEX, Delfa. Op. cit., pág. 87.

¹⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*. Tomo I, Cultural Cuzco S.A., Editores, Lima, 1983, págs. 506-507.

Consideramos que en vez de entender el tema de la simultaneidad de una manera cronológica, debe calificársele como una simultaneidad jurídica, y así evitar una incorrecta interpretación de trato diferenciado e injusto entre contratos de ejecución simultánea y aquellos que se cumplen en momentos distintos.

En realidad, lo que debe ser materia de análisis es, de un lado, el incumplimiento contractual, pues el deudor que no cumple la prestación a su cargo está técnicamente incumpliendo con efectuar el pago²⁰, cuyos efectos son extinguir la obligación, liberar al deudor y satisfacer el interés del acreedor. En efecto, como señala ALTERINI²¹ "cuando el deudor paga, el crédito del acreedor se extingue pues se agota el interés suyo comprometido en la obligación: obtiene mediante el cumplimiento del deudor, aquello que este le debe."

Y, de otro lado, debemos velar por la reciprocidad, que es en definitiva el requisito esencial de los contratos con prestaciones correlativas, pues como destaca JOSSERAND²² "sería injusto que existiendo reciprocidad uno de los contratantes obtuviese satisfacción y el otro no." Nosotros añadimos, entonces, que sería injusto también que la parte fiel del contrato no pudiera utilizar la excepción bajo análisis, a pesar de cumplir con todos los requisitos para que ésta proceda, simple y llanamente porque las prestaciones no son de ejecución simultánea. De ser así, esto constituiría un mecanismo que alentaría el incumplimiento del deudor, en lugar de neutralizar el riesgo del incumplimiento.

Por ello, uno de los Anteproyectos de Reforma del Código ha dispuesto el siguiente texto de modificación:

"En los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene el derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se ponga a disposición del acreedor."

El derecho descrito en el párrafo anterior se aplica también a favor de quien debe cumplir en segundo lugar, en caso de incumplir el primero."

2. Mora

Ahora bien, un tema íntimamente relacionado con lo anterior es la mora, pues, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la intimación en mora es precisamente la forma de colocar al deudor en situación de incumplimiento. Tal intimación de cumplimiento es obligatoria, debido a que, según el artículo 1333 "incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. (...)" En otras palabras, para que el deudor quede

²⁰ Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 1220 del Código dispone que "se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación." Según la Exposición de Motivos de dicho artículo "el deudor para satisfacer la obligación, debe cumplirla totalmente. Antes de ello, no se entiende efectuado el pago." (REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Op. cit., pág. 377.)

²¹ ALTERINI, Adolfo. *Análisis Crítico de obligaciones*. Vol. I. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 137-138.

²² JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Tomo II. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa - América, Bosch y Cia. Ediciones, Buenos Aires, 1951, pág. 24.

constituido en mora, además del retardo en el cumplimiento de su obligación, es necesario el requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor, salvo en los casos excluidos expresamente por el artículo 1333²⁸ del Código.

Desde luego, debe tenerse en cuenta que el retraso debe ser imputable al deudor, es decir, obedecer a culpa o a dolo de este. En caso contrario, como señala OSTERLING²⁹ "no se estaría contraviniendo la obligación ni, por consiguiente, existiría responsabilidad por el retraso". Cabe precisar que esta era la doctrina en Roma y es la que ha prevalecido hasta nuestros días.

En resumen, para que el deudor quede constituido en mora es necesario un retardo imputable en el cumplimiento de la obligación, y adicionalmente, la intimación judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor. Cuando el plazo de una obligación vence y esta no es cumplida oportunamente por el deudor, se produce una situación de retraso. Sin embargo, el retraso en sí mismo es jurídicamente intrascendente, pues para que produzca efectos legales se requiere además que el acreedor constituya en mora al deudor. El Código ha vuelto a recoger, entonces, el principio francés de la mora *ex personis: dies non interpellat pro homine* (El tiempo no interpela por el hombre), salvo en los casos previstos por el referido artículo 1333. En otras palabras, vencida la obligación, si el acreedor no la exige, demuestra con ello que el retardo no lo afecta, y por tanto, su comportamiento "avala" la conducta de su correspondiente deudor (el supuesto incumplimiento). Se estima, en consecuencia, que tácitamente está prorrogando el plazo.

No obstante lo referido a la intimación en mora, pues esta puede ser fácilmente evitada incluyendo cláusulas de mora automática en los contratos que celebremos, nos encontramos con un inconveniente adicional al tema de la simultaneidad, que es el artículo 1335 del Código, el cual dispone una regla especial de mora para las obligaciones recíprocas.

Según tal artículo "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". Este artículo transcribe el artículo 1255 del Código civil de 1936, que tiene como origen los artículos 1100 del Código civil español; 510 del Código civil argentino y 298 del Código civil alemán.

Como hemos indicado líneas arriba, dado que el retardo debe ser imputable al deudor, la culpa es un elemento indispensable para que este incurra jurídicamente en mora. Sin embargo, puede desprenderse del mencionado artículo 1335, que en las obligaciones recíprocas no hay culpabilidad si la otra parte no cumple su obligación o no conviene en cumplirla.

Dicho de otro modo, este artículo estaría obligando a la parte fiel del contrato a ejecutar³⁰ la prestación a su cargo, a pesar de que su contraparte infiel ha faltado a la palabra empeñada, pues no ha cumplido con la contraprestación prometida, lo

²⁸ Dichos casos son: (i) cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente; (ii) 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 contratar; (iii) cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación; y (iv) cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

²⁹ OSTERLING PARODI, Felipe. *Las obligaciones*. Vol. VI. Fondo Editorial, Lima, 1992, pág. 219.

cual sin duda genera un evidente quiebre en la reciprocidad o paralelismo entre las prestaciones, produciendo dos injustas consecuencias: (i) llevar a no tener significación alguna para la parte fiel, pues no puede verse obligada a cumplir su obligación y ejecutar su prestación a cambio de nada; e (ii) inutilizar la *exceptio non adimpleti contractus* (tanto en caso de cumplimientos simultáneos como de cumplimientos en momentos diferentes). Consecuentemente nos preguntamos ¿de qué puede servirle a la parte fiel del contrato la excepción de incumplimiento, si previamente a utilizarla debe, según el artículo 1335 del Código, cumplir con la prestación a su cargo?

Nada más injusto en los casos de cumplimientos en momentos distintos, pues a pesar de tener que soportar la injuria del incumplimiento previo de la contraparte contractual, la parte fiel debe cumplir con la prestación a su cargo para poder deducir esta excepción. En consecuencia, cabe preguntarse, ¿respecto de qué va a excepcionarse posteriormente la parte fiel del contrato, si para intimar en mora a su contraparte debe cumplir su prestación de conformidad con el mandato del artículo 1335?

Más que un efectivo derecho a ejercer, la excepción de incumplimiento termina siendo, sin duda, un excepcional dolor de cabeza para la parte fiel del contrato.

Obviamente, sería incorrecto interpretar este artículo en tal sentido, debido a que así se inutilizaría el artículo 1426, a pesar de que se ha tratado de explicar que este precepto debe ser para las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo.²⁸

La explicación que encontramos detrás de este potencial conflicto de normas es que ambos Libros (VI: De las Obligaciones; y, VII: De los Contratos) del Código fueron encargados a ponentes distintos, quienes, a pesar de brindar su amplia sapiencia jurídica e invalorable esfuerzos individuales, no alcanzaron un resultado concordado respecto de este tema específico.

III. CONCLUSIONES

Por todas estas razones, a efectos de evitar este potencial conflicto entre los artículos 1335 y 1426 del Código, sugerimos: (i) se elimine el término simultaneidad del artículo 1426, o se precise que este incluye también a aquellos contratos cuyo cumplimiento de prestaciones se efectúa en momentos distintos; y, (ii) se derogue el artículo 1335, pasándose a aplicar la regla general de la intimación en mora también para los contratos con prestaciones recíprocas.

²⁸ Incluímos aquí la última frase del artículo 1335 "o otorgo garantías de que la cumpliré", pues consideramos que es la práctica, el otorgamiento de garantías (reales o personales) implica en buena cuenta el cumplimiento de la obligación correspondiente.

²⁹ LUQUE GAMERO, Ricardo, Excepción de incumplimiento. En: *Temas de derecho contractual*, Cultural Curcio S.A. Lima 1987, pág. 11.