

LA MORA DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES DE NO HACER: ¿ES POSIBLE Y CONVENIENTE SU RECONOCIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO?*

DEBTOR DEFAULT IN NEGATIVE OBLIGATIONS: IS IT POSSIBLE AND APPROPRIATE TO RECOGNIZE IT IN THE PERUVIAN CIVIL CODE?

Aarón Vásquez Sotomayor**
Rivera Abogados

Víctor Herrada Bazán***
Universidad de Piura
Universidad de Valladolid

This paper analyzes the current debtor default regime contained in the Peruvian Civil Code, in order to determine whether, despite the many voices against it, its applicable and appropriate for negative obligations. Based on a brief review of the debtor default regime and the nature of negative obligations, the authors scrutinize from a phenomenological and functional approach the opposing opinions to make these institutions compatible.

Furthermore, based on an examination of the current status of the Peruvian Civil Code the authors argue that the application of the debtor default regime to negative obligations is not only possible but appropriate through an analog application of the current regime. Finally, they examine the regime proposed by the 2020 Draft Reform of the Peruvian Civil Code on the subject.

KEYWORDS: *debtor default; negative obligations; Peruvian Civil Code; Draft Reform.*

Este trabajo analiza el régimen sobre mora del deudor contenido en el Código Civil peruano, con el fin de determinar si, pese a las varias voces en contra, es posible y conveniente su aplicación a las obligaciones que consisten en un no hacer. A partir de un examen de la naturaleza de este tipo de obligaciones y de la mora debitoris como institución jurídica, los autores analizan críticamente las posturas contrarias a compatibilizar ambas figuras, desde un punto de vista fenomenológico y funcional.

Luego, los autores examinan el estado actual del Código Civil sobre cuya base defienden que es posible y conveniente reconocer la aplicabilidad de la mora a las obligaciones negativas, por vía analógica del régimen vigente. Finalmente, valoran la propuesta que hace el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano de 2020 sobre el tema.

PALABRAS CLAVE: *mora del deudor; obligaciones negativas; obligaciones de no hacer; Código Civil peruano; Anteproyecto.*

* Los autores agradecen a Álvaro Zegarra Mulánovich, profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, por la revisión y los comentarios realizados al borrador de este artículo. No obstante, cualquier error o defecto les pertenece únicamente a los autores.

** Abogado. Asesor legal del Estudio Rivera Abogados, Piura, Perú. Contacto: aaronvasquez@riveralaw.pe.

*** Abogado. Máster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Piura. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Piura, Perú. Investigador adscrito al Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid. Consultor del Estudio Rivera Abogados, Piura, Perú. Contacto: victor.herrada@udep.edu.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial de THÉMIS-Revista de Derecho el 18 de noviembre del 2019, y aceptado por el mismo el 27 de febrero de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Las obligaciones de no hacer son, con toda probabilidad, el tipo de obligaciones menos tratado en nuestro ordenamiento. Muestra de ello es el breve régimen contenido en el Código Civil peruano (en adelante, CC): un título (III del Libro IV) de tres artículos (1158, 1159 y 1160), de los cuales el tercero no hace más que remitir a determinadas normas que regulan a las obligaciones de hacer.

No obstante, actualmente son considerables los casos en que las obligaciones negativas tienen un papel relevante en el tráfico jurídico. Ejemplo de esto son los pactos de confidencialidad –en los que una parte se obliga a no divulgar cierta información a la que la contraparte le ha permitido acceder– o los de exclusiva –en los que una parte se obliga a no contratar la misma prestación con alguien distinto a la contraparte por un tiempo y espacio determinados– como acuerdos normalmente accesorios, pero de gran relevancia jurídica y económica, que se han hecho habituales en la contratación mercantil y cuyo objeto consiste precisamente en un deber de no hacer.

El lacónico régimen de las obligaciones de no hacer en nuestro CC contiene, sobre todo, medios de defensa del derecho de crédito frente al incumplimiento del deudor. Sin embargo, posiblemente por influencia de una doctrina muy enraizada, no se prevé expresamente la aplicación de la *mora debitoris* en dicha clase de obligaciones. La explicación habitual para ello es que la mora no es aplicable a las obligaciones de no hacer porque mientras aquella requiere que el incumplimiento del deudor sea **temporal**, en dicho tipo de obligaciones cualquier incumplimiento es **definitivo**. Existiría, por tanto, una incompatibilidad entre ambas figuras.

Esta explicación parte de una conceptualización muy limitada de las obligaciones de no hacer. El arquetipo de este tipo de obligaciones era aquel en el que la conducta debida tenía que realizarse en un solo momento o instantáneamente (no talar un árbol, no asistir a un concurso, entre otras), lo que explica la idea de que cualquier contravención es definitiva. No obstante, esto no concuerda con el tráfico jurídico actual, en el que las obligaciones de no hacer más comunes son aquellas en las que la conduc-

ta se despliega en un lapso duradero de tiempo. Por este motivo, desde hace algunos años, algunos autores han planteado supuestos en los que es posible considerar **temporal** al incumplimiento del deudor en esta clase de obligaciones, abriendo con ello la posibilidad de aplicar el régimen moratorio.

El tema ha adquirido relevancia al haberse publicado, por Resolución Ministerial 0046-2020-JUS, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano (en adelante, el Anteproyecto)¹. En este resalta la propuesta de reforma al artículo 1160 del CC, que establece el régimen aplicable a las obligaciones negativas, de cuyo tenor actual se “ha generado la duda respecto a si es posible o no que se configure respecto de este tipo de obligaciones una situación moratoria” (Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil, 2020). La propuesta del Anteproyecto esclarece la posibilidad de que el régimen moratorio sea aplicable a las obligaciones negativas. Se trata de una propuesta de reforma que, si bien, por un lado, se considera positiva, por otro lado, exige algunos comentarios críticos de cara a su eventual entrada en vigencia.

II. ALCANCES GENERALES SOBRE LA MORA DEL DEUDOR EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

La *mora debitoris* es una institución jurídica de origen romano (Kaser, 1965, p. 159; Zimmermann, 1990, pp. 784-785)². A través de ella, se ve agravada la responsabilidad de un deudor retrasado en el cumplimiento de su obligación, ya que, a partir de la situación de mora, no solo responderá de los daños ocasionados al acreedor por el retraso, sino también se le atribuirá los riesgos sobrevenidos de la prestación incumplida (artículo 1336 del CC)³ (Albaladejo García, 2002, pp. 195-196; Díez-Picazo, 2008, p. 676).

Tomando en cuenta lo consolidado por la doctrina (Moisset de Espanés, 1996, p. 646; Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, pp. 48-49; Vásquez Sotomayor, 2018, p. 18), los presupuestos de la mora son los siguientes:

- (i) retraso o incumplimiento temporal;
- (ii) imputación al deudor; e,
- (iii) interpelación del acreedor, como regla general.

¹ Elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú (en adelante, Minjus), a través de la Resolución Ministerial 0300-2016-JUS.

² Es representativo el texto de Marciano en D.22.1.32pr.: “*Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, siinterpellatus oportuno loco non solverit; quod apud iudicem examinabitur*” (Vásquez Sotomayor, 2018, p. 8).

³ Como indica textualmente el artículo 1336 del CC:

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

En primer lugar, es opinión común que, para que se genere la mora del deudor, el incumplimiento de este debe ser **temporal**, es decir, una situación en la que, pese a la contravención inicial, sea posible e incierto un cumplimiento futuro⁴. Todo ello en contraste con los incumplimientos definitivos, los que, según la doctrina, no generan mora, sino que activan remedios más radicales como la resolución contractual.

También es presupuesto de la mora que el retraso o incumplimiento temporal en cuestión sea **atribuible al deudor** bajo un criterio o título normativo de imputación. Al respecto, nuestra doctrina es unánime en señalar que, bajo el sistema peruano, el retraso moratorio ha de ser imputable a título de **dolo o culpa** (sistema **subjetivo** de responsabilidad), como se concluye sin duda alguna de los artículos 1314 y 1336 del CC (Moisset de Españés, 1996, pp. 646-647; Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, p. 49)⁵.

En tercer lugar, nuestro ordenamiento civil (a diferencia del mercantil⁶) establece un requisito formal para la constitución en mora del deudor: la interpelación o requerimiento de pago por parte del acreedor. El artículo 1333 del CC enuncia, como regla general, que “[i]ncurre en mora el obligado **desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación**” [el énfasis es nuestro]. A través de la interpelación, el acreedor le hace notar al deudor que el cumplimiento oportuno de la obligación le es relevante, no solo en virtud de su derecho de crédito, sino también para evitar cualquier perjuicio⁷.

Así, por el contrario, la falta de interpelación hace que el deudor desconozca la relevancia del cumplimiento tempestivo, lo que, según la doctrina, supone que el acreedor **tolera** el retraso (Baudry-

Lacantinerie y Barde, 1905, p. 495; Espinoza Espinoza, 2016, p. 230; Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, p. 51). Esta regla general, sin embargo, tiene una serie de excepciones previstas en el segundo párrafo del artículo 1333 del CC. Así, no se requerirá de interpelación para constituir en mora al deudor:

- 1) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente

Sea porque lo dice la ley o porque así lo han pactado las partes, la mora operará automáticamente con el solo vencimiento de la obligación, es decir, una vez producido el retraso al tiempo en que el deudor debía cumplir. Se entiende que, en estos casos, la relevancia del cumplimiento oportuno en el tiempo establecido para ello ya ha sido prevista expresamente (*ex lege* o *ex voluntate*), razón por la cual se prescinde de la interpelación del acreedor (Díez-Picazo, 2008, p. 674). De hecho, tradicionalmente ello se resume en la locución latina *dies interpellat pro homine*. El caso más resaltante de mora automática legal es el contenido en el artículo 63.1 del Código de Comercio, para las obligaciones mercantiles y con plazo determinado (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, p. 48; Vásquez Sotomayor, 2018, pp. 33-34).

- 2) Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla⁸

Se trata de aquellos casos en los que, si bien no se ha previsto expresamente la mora automática, se entiende –de las circunstancias

⁴ El retraso como un tipo de incumplimiento obligacional se configura con cuatro elementos: (i) llegada del tiempo de debido cumplimiento; (ii) ausencia de cumplimiento debido; (iii) posibilidad de cumplimiento posterior; e, (iv) incertidumbre de cumplimiento futuro (Herrada Bazán, 2017, pp. 45-47).

⁵ En la jurisprudencia, la sentencia recaída en el Expediente 213-7-97-Lima establece que, “[p]ara que el deudor quede constituido en mora se precisa **el retardo en el cumplimiento de la obligación**. Dicho retardo debe ser **imputable al deudor** a título de **dolo o culpa** [...]” (1997) [el énfasis es nuestro].

⁶ El artículo 63.1 del Código de Comercio establece la mora automática (**al día siguiente de su vencimiento**, en sus propios términos) en las obligaciones que tuvieren día señalado para su cumplimiento. En aquellas que no lo tuvieren, se aplica la mora por interpelación. Nótese, por lo tanto, que la regla general en nuestro régimen mercantil es la mora automática y que la excepción es la mora por interpelación. Se trata de un precepto **vigente** (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, pp. 47-48), pese a algunas voces en contra (Barbosa Beraún y Miranda Gómez, 2011, pp. 277-278; De la Puente y Lavalle, 2003, p. 175). Para estos últimos autores existiría una **derogación tácita** del artículo 63 del Código de Comercio a causa de lo previsto en el artículo 1353 del CC. Sin embargo, dicha técnica derogatoria es de, al menos, dudosa aplicación cuando se trata de dos normas (el CC y el Código de Comercio) en las que media una relación de general a especial (Zegarra Mulánovich, 2008, pp. 196-197; 2010, p. 36).

⁷ Como señalaban Rogron (1829, p. 240) y Baudry-Lacantinerie y Barde (1905, p. 495), si no hay interpelación, se entiende que no habrá perjuicio para el acreedor en caso de incumplimiento.

⁸ Este supuesto ha sido objeto de una de las propuestas de reforma del Anteproyecto, el cual sugiere su reemplazo por una nueva causal de mora automática: las obligaciones con plazo determinado (Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil, 2020).

y la naturaleza de la obligación— que el tiempo establecido para el cumplimiento fue, para el acreedor, un motivo determinante para vincularse con el deudor (Díez-Picazo Giménez, 1996, p. 552). No se trata de un caso de tiempo esencial⁹, sino de un supuesto en el que, pese a la contravención del deudor y a la importancia del cumplimiento tempestivo, aún es posible y útil una futura realización de la prestación. Por ejemplo, se contrata la remodelación de un estadio para el inicio de una competencia internacional, pero aquella se retrasa una semana, lo que obliga a los organizadores a trasladar la competencia a otro estadio. Pese a ello, el interés por la obligación original pervive, pues se puede emplear el estadio remodelado para las posteriores fases de la competencia.

- 3) Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación

Supuesto importado del derecho italiano (artículo 1219.2 del Codice Civile). Su fundamentación radica en la inutilidad de requerir de cumplimiento a un deudor que ya ha manifestado que no realizará debidamente la prestación a la que se había obligado. Suele asimilarse a esta causal casos en los que el deudor manifiesta al acreedor que temporalmente no cuenta con los medios para realizar la prestación o que cumplirá después de la fecha pactada (Benatti, 1968, p. 157).

- 4) Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor

Se trata de una causal ya reconocida en la doctrina alemana (Von Thur, 1999)¹⁰. El supuesto exige que, por una causa atribuible al deudor, sea imposible para el acreedor la interpelación.

III. LAS OBLIGACIONES DE NO HACER: GENERALIDADES Y CLASIFICACIÓN

Las obligaciones de no hacer o negativas son aquellas en las que el deudor se obliga a mantener un comportamiento patrimonialmente valorable que consiste en no realizar (o tolerar) uno o varios actos materiales (o jurídicos), prohibiéndosele una conducta en principio lícita, para satisfacer el interés del acreedor (Egúsquiza Balmaseda, 1990,

p. 35; Ferrer de San-Segundo, 2001, p. 61). En una obligación de no hacer se incluye también a las obligaciones de no dar, ya que el hecho de **no dar algo** supone un **no hacer algo** (Torres Vásquez, 2014, p. 167). Por ese motivo, se ha considerado más pertinente emplear la denominación “obligación negativa”, puesto que el contenido de la prestación del deudor no solo puede consistir en no realizar acto alguno (es decir, una actitud activa), sino, además, en tolerar o permitir actos del acreedor (esto es, una actitud pasiva) (Vásquez Sotomayor, 2018, p. 40).

Por otro lado, cabe precisar que el acto del cual el deudor de una obligación negativa debe abstenerse debe ser un **acto lícito** o uno que, de acuerdo al ordenamiento, el deudor habría tenido la facultad de realizar (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 1994, p. 278). Por ello, no puede ser objeto de una obligación de no hacer la prohibición de realizar un acto ilícito, pues dicha proscripción surge del propio ordenamiento jurídico y no de la obligación.

También con relación a la prestación, aunque durante mucho tiempo los supuestos de obligaciones negativas que la doctrina tradicional hacía tenían una estructura bastante simple (no construir una pared, no abrir un negocio, entre otros), el tráfico jurídico actual demuestra que esta clase de obligaciones tiene una mayor complejidad estructural. Ello ha hecho que, en varios ordenamientos, ya no solo se preste atención a la **eficacia** de este tipo de obligaciones (principalmente en lo que sucede cuando se **incumple**), sino también a su propia **configuración estructural**. Y es que, dependiendo del objeto y de los sujetos de la relación jurídica, es posible que una obligación negativa afecte intereses públicos. Piénsese, por ejemplo, en los pactos de exclusiva o, en general, en aquellos negocios que, teniendo por objeto una obligación de no hacer, pueden llegar a afectar la libre competencia. Está claro que, en estos casos, la ley no solo actúa frente al incumplimiento de estos acuerdos, sino también cuando su propia existencia puede afectar al orden público (Vásquez Sotomayor, 2018, p. 41)¹¹.

Ahora bien, las obligaciones negativas se pueden clasificar bajo dos principales criterios:

- (i) el contenido de la prestación; y,
- (ii) el modo en que el tiempo configura la prestación.

⁹ Caso en el cual operaría la resolución contractual (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, p. 57).

¹⁰ Aunque, en opinión de Osterling Parodi y Castillo Freyre (2010, p. 55), se trata de una creación del legislador peruano de 1984.

¹¹ Por ejemplo, véase a Peña Romero (2012, pp. 153 y ss.) sobre los pactos de exclusiva y la libre competencia en el contexto europeo.

Bajo el **primer criterio**, las obligaciones se distinguen en obligaciones de **no hacer** (*non facere*) y de **tolerar** (*in patiendo*). En las primeras, el deudor se abstiene de realizar una determinada conducta; mientras, en las segundas, la obligación consiste en tolerar que el acreedor realice un acto determinado, respecto del cual, de no mediar vínculo convencional con él, el deudor tendría la facultad **perentoria** de impedirlo (Díez-Picazo, 2008, p. 285; Ferrer de San-Segundo, 2001, p. 53).

Un ejemplo de obligación de **no hacer** es aquel en el que un sujeto se obliga a no generar humo en su propio predio, con el fin de no afectar al vecino enfermo pulmonar. Por su parte, será ejemplo de obligación de **tolerar** aquel en el que el dueño de un predio permite a un vecino el libre tránsito dentro de sus linderos (derecho de paso) (Vásquez Sotomayor, 2018, p. 43).

Por su parte, bajo el **segundo criterio**, las obligaciones negativas pueden dividirse en obligaciones de ejecución instantánea y en obligaciones de ejecución duradera. Las primeras se agotan en un solo acto de abstención (por ejemplo, la obligación de no asistir a una subasta pública). Las segundas, por su parte, tienen una duración en el tiempo (por ejemplo, no competir durante un lapso de tiempo) (Torres Vásquez, 2014, p. 168).

Dentro de las obligaciones de **ejecución duradera**, pueden distinguirse dos particulares situaciones: obligaciones de **no seguir haciendo** y obligaciones de **empezar a no hacer** (Cárdenas Quirós, 1988, pp. 72-74; Moisset de Espanés, 1975, pp. 353-354). En las primeras, el deudor viene realizando la abstención que se contrata antes de haberse configurado la obligación, con lo cual, dicha conducta debe perdurar durante el tiempo en que debe cumplirse la obligación (por ejemplo, el deudor se obliga a no realizar modificaciones a su inmueble que impidan la vista hacia la playa de su vecino durante un tiempo determinado). Por su parte, en las segundas, el deudor viene ejecutando la actividad que se quiere prohibir antes de haberse contraído la obligación, razón por la cual, aquel debe dejar de hacerlo a partir de un determinado momento (por ejemplo, el deudor se obliga a vender en su bodega, a partir de un cierto día, solo cervezas de una marca determinada).

Es la clasificación bajo el **segundo criterio** aludido la que, como se verá, resulta importante para determinar si en cuanto a razones fácticas es admisible o no la mora en obligaciones negativas.

IV. LA MORA EN OBLIGACIONES DE NO HACER: ANÁLISIS DE LA DOCTRINA TRADICIONAL

Durante muchos años fue opinión común la imposibilidad de que la mora, como institución jurídica, sea aplicable a las obligaciones negativas. Con el fin de defender lo contrario, se expondrán los argumentos de esta posición para examinarlos críticamente.

A. Motivos fácticos

La principal razón por la que, durante mucho tiempo, la doctrina se opuso a reconocer la aplicación de la mora a las obligaciones de no hacer se debe a que, dada la naturaleza de este tipo de obligaciones, existiría una incompatibilidad con la figura del **retraso**, propia de la mora (Albaladejo García, 1989, p. 359; De Pablo Contreras, 2008, p. 199; Torres Vásquez, 2014, p. 1112). Se asume que, en estas obligaciones, cualquier infracción implica un necesario incumplimiento **definitivo**, sin que exista opción alguna a una posterior ejecución de la prestación. Se toma como cierto, por tanto, el principio *factum infectum fieri nequit* (lo que se ha hecho no puede ser deshecho), por lo que, si la omisión en una obligación negativa debe realizarse *quotidie et singulis momentis*, cada instante sería irrecuperable (Egúsqüiza Balmaseda, 1990, pp. 126-127).

Frente a ello, sin embargo, no creemos exacto que toda contravención a una obligación negativa constituye incumplimiento definitivo. Por el contrario, para determinar tal cosa, es necesario valorar la importancia de la contravención, tomándose en cuenta la posibilidad objetiva de ejecución tardía y, desde luego, el interés del propio acreedor. En ese sentido, Baraona González señala que “la contravención de una obligación negativa puede calificarse como un retraso cuando aún subsista el interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación, y sea viable, sin perjuicio de su calificación jurídica” (1998, p. 57)¹².

Entonces, lo primordial para determinar cuándo una vulneración de la obligación constituye o no incumplimiento definitivo es atender a la estructura de la propia obligación en el caso concreto (Cárdenas Quirós, 2011, p. 174; Ferrer de San-Segundo, 2011, p. 269). Ello hace necesario distinguir varios supuestos, para lo cual, se empleará la clasificación, ya desarrollada en este trabajo, según el modo en el que el tiempo configura la prestación de la obligación negativa. Aun con lo anterior,

¹² De la misma manera lo indica Peña Romero (2012, p. 219).

puede decirse de plano que, en la abstención de un acto de ejecución instantánea, la realización del acto proscrito sí implica un necesario incumplimiento definitivo, según lo admite la doctrina de forma unánime (Cárdenas Quirós, 1988, p. 72 y 2011, p. 174; Espinoza Espinoza, 2016, p. 241; Moisset de Espanés, 1975, p. 354). Por ello, este tipo de obligaciones no admite posibilidad de incumplimiento temporal ni, por tanto, la aplicación del régimen de mora.

Por el contrario, el mismo razonamiento no puede ser aplicado a todos los supuestos de obligaciones de no hacer cuya prestación tiene una **permanencia en el tiempo**. Con el fin de explicarlo mejor, será necesario acudir a aquella categorización de esta clase de obligaciones negativas, que las distingue en obligaciones de **seguir no haciendo** y de **empezar a no hacer**.

1. Obligaciones de seguir no haciendo

La mayor parte de la doctrina (Albaladejo García, 1989, p. 360; Barchi Velaochaga, 2011, pp. 238-239; Cárdenas Quirós, 2011, pp. 174-175; Díez-Picazo, 2008, p. 666; Espinoza Espinoza, 2016, p. 242-244) concuerda en que la infracción de estas obligaciones no genera incumplimiento temporal sino incumplimiento definitivo. Sin embargo, a nuestro parecer, que ello sea lo más común no permite afirmar que toda contravención de este tipo de obligaciones supondrá siempre un incumplimiento definitivo.

Es verdad que, en la mayoría de estos supuestos, lo más factible será que se rechace toda posibilidad de cumplimiento tardío, si se toma en cuenta que, en una obligación de **seguir no haciendo**, el interés del acreedor radica en conservar la situación de pasividad que tenía el deudor previamente. Por tanto, solo si se trata de este caso, el incumplimiento será definitivo. Por ejemplo, en los pactos de confidencialidad, donde las partes se comprometen a no divulgar cierta información, se suele asumir que, si una de las partes infringe tal obligación, el incumplimiento es definitivo, ya que era interés del acreedor mantener inalterada la abstención del deudor.

Pese a lo anterior, no todas las obligaciones de **seguir no haciendo** se configuran de igual forma y, por lo tanto, no puede descartarse la idea de que, en algún supuesto, a pesar de una eventual contravención del deudor, aún perdure la opción de cumplimiento tardío. En los pactos de confidencialidad, por ejemplo, no puede eliminarse la posibilidad de que, dependiendo de la calidad o cantidad de información propalada, al acreedor aún le interese mantener viva la obligación de confidenciali-

dad con respecto a la información no transmitida. Todo ello, sin perjuicio de tener derecho a una indemnización por los daños ocasionados por el incumplimiento inicial de la obligación. Lo determinante, por lo tanto, no solo es la naturaleza de la obligación, sino además la forma en que las partes configuren su relación obligatoria.

Propongamos como ejemplo que José se obliga a no elevar la pared que separa su vivienda de la de Jorge, durante tres periodos de verano, con el fin de no impedirle al segundo la vista al mar y a cambio de una contraprestación económica. Sin embargo, antes del segundo periodo de verano pactado, José eleva la pared. ¿Genera esta conducta un incumplimiento definitivo? La respuesta no solo depende de la posibilidad de destruir lo mal hecho (naturaleza de la obligación), sino también la importancia del plazo en que debía cumplirse la prestación (pacto entre las partes).

Así, si se expresó como causa del negocio que la prestación debía ejecutarse en los tres periodos de verano ininterrumpidamente (sea porque se añadió una cláusula resolutoria o penal compensatoria, entre otras), queda claro que el interés de Jorge ha quedado frustrado, aun cuando sea posible la destrucción de lo mal hecho (*ex artículo 1158.2 del CC*). En este caso, no queda duda del carácter definitivo del incumplimiento.

En cambio, si a Jorge aún le interesa el **no hacer** de José, siendo posible la destrucción de lo mal hecho, puede requerir que este ejecute íntegramente la obligación durante el periodo que queda por cumplir, dejando a salvo la responsabilidad por los daños ocasionados por el incumplimiento. De este modo, la abstención de José hasta la elevación de la pared puede considerarse un cumplimiento parcial, perviviendo todavía la posibilidad de cumplimiento tardío (Moisset de Espanés, 1975, p. 355).

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que el cumplimiento parcial de una obligación implica la necesaria **divisibilidad** de la prestación (Cristóbal Montes, 1993, p. 874). En ese sentido, ha de señalarse que, pese a algunas voces en contra (Hernández Gil, 1983; Egúsqüiza Balmaseda, 1990, p. 96), las obligaciones negativas **pueden perfectamente ser divisibles**, siempre que se trate de aquellas cuya prestación supone una abstención **duradera** y no instantánea.

Esta divisibilidad de las obligaciones de no hacer, además, puede manifestarse sobre la base de dos causas:

- (i) una causa **objetiva**: pueden ser divisibles por la divisibilidad del tiempo (Bercovitz

Rodríguez-Cano, 1973, p. 540) o del objeto sobre el que recae la obligación¹³; y,

- (ii) una causa **subjetiva**: pueden ser divisibles porque las partes lo pactaron así o en virtud del interés del acreedor¹⁴.

Así, si Jorge conserva su interés en que José mantenga su abstención hasta completar el tiempo acordado, estaremos frente a una obligación de no hacer divisible, tanto por causa objetiva (por la divisibilidad del tiempo) como por causa subjetiva (por el interés del acreedor). En esa línea, ya que las obligaciones de no hacer pueden ser divisibles o cumplirse parcialmente, se entiende también que pueden ser objeto de **incumplimientos temporales**, es decir, aquellos en los que pervive la posibilidad de cumplimiento futuro. Así, es evidente que, cuando una obligación negativa de **seguir no haciendo** no sea divisible (por imposibilidad objetiva o subjetiva), su incumplimiento es definitivo y, por tanto, inidóneo para configurar la mora. Por el contrario, cuando exista tal divisibilidad y además sea posible un futuro cumplimiento, considerándose el interés del acreedor, nada obsta a nivel dogmático para que pueda ser aplicado el régimen moratorio a una situación de incumplimiento temporal de este tipo de obligaciones¹⁵.

2. Obligaciones de empezar a no hacer

Las obligaciones negativas de **empezar a no hacer** suponen la proscripción, a partir de un momento determinado, de una actividad que el obligado venía realizando previamente a contraer la obligación. En ese contexto, si el deudor no empieza a abstenerse de realizar dicha actividad en el tiempo previsto para ello, es posible asumir que existe un **retraso en el cumplimiento**, y no un incumplimiento definitivo, siempre que perviva la posibilidad de cumplimiento tardío (es decir, de una ejecución íntegra de la prestación). De este modo, nos encontramos frente a un supuesto al que puede aplicarse el régimen moratorio (Moisset de Españes, 1975, p. 357).

Por ejemplo, Antonio y Benito son dos empresarios que compiten en el mismo ramo comercial. A

través de un **pacto de no concurrencia lícito**, Antonio se obliga a cerrar su establecimiento mercantil durante un mes a favor de Benito. Sin embargo, una vez llegado el tiempo en que debía cumplir, Antonio continúa ejerciendo su actividad, tardando cinco días en cerrar su negocio. En este caso, se podrá hablar de una obligación cuya realización es **posible y útil para el acreedor** siempre que a Benito le siga interesando que Antonio cumpla con su abstención durante el periodo de tiempo pactado (un mes), aunque lo haga desde la fecha en que este último cerró efectivamente su negocio (Díez-Picazo, 2008, p. 666).

No obstante, para Albaladejo García (1989, p. 360), dicho supuesto no explica la posibilidad de que exista retraso en obligaciones negativas. Para el autor, no es correcto considerar que hay demora en una obligación de no hacer (la de no ejercer empresa), ya que lo que se estaría retrasando, en realidad, es el cierre del establecimiento mercantil, lo cual sería una obligación **positiva de hacer**.

En nuestra opinión, sin embargo, asumir tal razonamiento permitiría el despropósito de aceptar que el deudor cumple perfectamente con su obligación si, en efecto, **cierra** su establecimiento solo para abrir uno exactamente idéntico en otro local muy próximo y en el mismo día. Además, plantear que cuando en apariencia hay una obligación de no hacer en realidad se encuentra, al dorso, una obligación positiva es optar por un uso lingüístico que en nada explica las consecuencias jurídicas de la figura que se analiza: no tiene importancia describir gramaticalmente un fenómeno de modo positivo o negativo¹⁶. En todo caso, cualquier dilema de este tipo puede resolverse determinando lo relevante jurídicamente. En el ejemplo propuesto, no es tan importante el cierre del establecimiento mercantil (acción positiva), sino si se hace o no competencia, por cuanto es ello la causa del pacto de no concurrencia celebrado. Por lo tanto, no hacer competencia es una genuina **obligación de no hacer** (Ferrer de San-Segundo, 2001, p. 263).

Por ende, en las obligaciones negativas de **empezar a no hacer** cabe admitir la figura del retraso del incumplimiento temporal. Ello, sin embargo,

¹³ Por ejemplo, en un pacto de confidencialidad en el que es más de una la información objeto de obligación o en un pacto de no competencia en el que el referente espacial o geográfico (no competir en tales y cuales mercados) también puede dar lugar a una **divisibilidad objetiva** de la abstención.

¹⁴ Egúszquia Balmaceda se refiere a estas causas de divisibilidad, aunque en sentido contrario, al analizar las clases de indivisión: la indivisibilidad natural u objetiva (*individuum obligatione*), la derivada del acuerdo de las partes (*individuum contractum*) y la originada en la satisfacción del interés del acreedor (*individuum solutione tantum*) (1990, p. 80).

¹⁵ En contra, Cárdenas Quirós (2011, pp. 174-175) y Espinoza Espinoza (2016, pp. 242-244).

¹⁶ Díez-Picazo propone el siguiente ejemplo: Un padre otorgará una pensión de alimentos a su hijo mayor de edad mientras este se mantenga soltero. ¿Cuál es la prestación que debe realizar el hijo? ¿La de mantenerse soltero (obligación positiva) o la de no contraer matrimonio (obligación negativa)? ¿No es acaso lo mismo? (2008, p. 272).

siempre que, aunque el obligado no haya empezado a abstenerse cuando debía, perviva el interés del acreedor en un futuro cumplimiento.

3. El factor tiempo en las obligaciones de no hacer

Al menos un autor se ha opuesto de modo absoluto (esto es, sin hacer distinción alguna) a la posibilidad de admitir incumplimientos temporales en las obligaciones de no hacer. Tal postura parte de la idea de que el tiempo es siempre **esencial** para configurar la prestación en esta clase de obligaciones. Bajo este razonamiento, cualquier acto realizado en contra de lo proscrito por la obligación siempre tendrá como consecuencia necesaria un incumplimiento definitivo, pues si el tiempo es irrecuperable, objetivamente la prestación no podrá ser nunca ejecutada materialmente de conformidad con lo acordado (Egúsqiza Balmaseda, 1990, pp. 124-126).

Frente a esta postura, sin embargo, cabe indicar que, aunque el tiempo **puede** constituir un elemento esencial de la prestación en una obligación de no hacer, esto **no siempre será así**. Incluso tomándose en cuenta la particular naturaleza de este tipo de obligaciones, no puede concluirse de modo absoluto que el tiempo siempre es esencial en ellas, solo por el hecho de que aquel es irrecuperable. Bajo esa premisa, cabría cuestionarse por qué en las obligaciones positivas no se presenta la misma lógica, si se entiende que, también en ellas, todo retraso implicará la imposibilidad de cumplir idénticamente lo pactado, pues todo momento es irreproducible (Ferrer de San-Segundo, 2001, p. 80). En realidad, el grado de esencialidad o relevancia del tiempo dependerá siempre, en **todas** las obligaciones, de lo que sea posible y útil al acreedor.

La idea anterior explica además que, con referencia al tiempo, solo la infracción de obligaciones con plazo esencial (porque así lo pactaron las partes o porque así se deduce de la naturaleza de la obligación) genera incumplimiento definitivo. Así, como manifiesta Moisset de Espanés, si en las obligaciones a plazo examináramos solo a aquellas con plazo esencial, se concluiría equivocadamente que en ninguna obligación a plazo hay retraso, sino solo incumplimiento definitivo (1975, p. 351).

Por todo lo anterior, desde un punto de vista fáctico, cabe admitirse la posibilidad de incumplimiento temporal en determinadas obligaciones de no hacer, tal y como sucede con las obligaciones de dar y de hacer. De esta manera, puede predicarse de aquellas el primer requisito de la mora del deudor: el **retraso** en el cumplimiento.

B. Motivos funcionales

Para otro sector de la doctrina, la inaplicabilidad del régimen de mora del deudor a las obligaciones de no hacer no radica en cuestiones fácticas (de hecho, se admiten los retrasos en este tipo de obligaciones), sino en **motivos funcionales**. Según esta opinión, no hay sentido en aplicar la mora, pues entienden que no es posible que esta despliegue uno de sus principales efectos en las obligaciones de no hacer: el traslado al deudor de los riesgos sobrevenidos de la prestación. Bajo este razonamiento, si la prestación de una obligación negativa consiste en la abstención de un acto o actividad, sería difícil imaginar un **evento fortuito** que impida al deudor abstenerse de realizar aquello que tenía proscrito en virtud de la obligación contraída o, en otros términos, que **constrinja al deudor a hacer aquello que se había obligado a no hacer** (Díez-Picazo Giménez, 1996, p. 398).

Frente a lo anterior, es innegable la dificultad de concebir tal circunstancia fortuita. No obstante, ha de resaltarse que lo esencial de un evento para ser considerado de caso fortuito no es que el deudor se vea constreñido a incumplir la obligación, sino que **la responsabilidad por el incumplimiento no le sea imputable** (Ferrer de San-Segundo, 2001, p. 225).

Lo anterior se entiende porque, dentro del marco del sistema de responsabilidad civil en nuestro ordenamiento, se encuentran reguladas causas de **no imputación**. Así, el artículo 1315 del CC precisa que el caso fortuito y la fuerza mayor constituyen una **causa no imputable**. Por su parte, el artículo 1316 del CC prevé la extinción de la obligación si la prestación no se realiza por **causa no imputable al deudor**. Finalmente, el artículo 1317 del CC determina que el deudor no responderá de los daños que resulten del incumplimiento (total, parcial, defectuoso o tardío) si dicho resultado se debió a **causa no imputable** (salvo ley o pacto en contrario). Por lo tanto, la regla general de **no imputación** es que la obligación se **extingue** y el deudor **no responde de los daños producidos** cuando la prestación no se realiza por **causa no imputable** (caso fortuito o fuerza mayor), a menos que la ley o el pacto establezcan lo contrario.

Frente a lo anterior, el régimen de mora inserta una especialidad que modifica la regla general antes indicada. La mora del obligado genera que este responda por la imposibilidad sobrevenida de la prestación, **aun si esta se debió a una causa que, en principio, no le era imputable a aquel** (segundo párrafo del artículo 1154 y artículo 1336 del CC). Sin embargo, esta imposibilidad no solo puede surgir cuando el deudor **es constreñido** a no cumplir,

sino además cuando, por circunstancias producidas fortuitamente, no es posible que la obligación se cumpla **sin que ello se deba a conducta alguna del obligado**.

Por ejemplo, si a causa del desborde del río se destruye el establecimiento mercantil del acreedor ante quien el obligado se había comprometido a no competir, esta obligación se extingue por imposibilidad sobrevenida. Dicha imposibilidad, fue ocasionada por un evento de fuerza mayor y no porque el deudor **haya sido constreñido a no cumplir**.

En el mismo sentido, pueden proponerse otros ejemplos de imposibilidad fortuita en obligaciones de no hacer que no tienen causa en la conducta del obligado. Así, Ferrer de San-Segundo (2001, pp. 221-225) propone la activación fortuita de la alarma del inmueble del obligado que se había comprometido a no emitir ruido para no perturbar el silencio necesario para la grabación de un disco en un estudio vecino o el incendio accidental en la finca del deudor que se había obligado a no hacer humo a favor de su vecino enfermo pulmonar; o, en general, el extraordinario agravamiento de las circunstancias de la prestación o su excesiva onerosidad. Por lo tanto, el *quid* del asunto no está en que el deudor se comporte o no de manera contraria a la debida, sino en determinar la causa por la cual aquel no sigue obligado a abstenerse de acuerdo a lo previsto.

Estos ejemplos, además, adquieren particular relevancia en aquellas obligaciones en las que, por pacto entre las partes, o porque así lo determina la ley o la naturaleza de la obligación (casos más frecuentes en el ámbito mercantil), le son imputables al deudor moroso muchos supuestos de **inejecución no culposa** (aun cuando no lleguen a suponer un caso fortuito o fuerza mayor) y, por ende, resulte que el retraso moroso le es atribuible así: sin culpa. En estos casos, ni siquiera la salvedad de la última parte del artículo 1336 del CC (referida a que el deudor puede sustraerse a esta responsabilidad **probando que ha incurrido en retraso sin culpa**) liberaría al deudor moroso, ya que ha quedado establecido *ex ante* la incursión en mora, aun cuando el retraso no se deba a su culpa.

También puede citarse aquellos casos (tal vez menos frecuentes) en los que las partes **pactan** que el deudor moroso asumirá **todos los riesgos sobrevenidos de la prestación** incluso si la imposibilidad no imputable de lo debido se hubiera producido

habiéndose cumplido la obligación oportunamente, dejando, así, de lado, la otra causal de sustracción a la responsabilidad moratoria prevista en la última parte del artículo 1336 del CC¹⁷.

Por todo lo anterior, debe admitirse que la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable también puede predicarse de obligaciones de no hacer y, por lo tanto, aquella puede ser atribuida al deudor constituido en mora. De esta manera, se cumple uno de los principales efectos de la mora del deudor: el traslado de los riesgos sobrevenidos.

V. ESTADO ACTUAL DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO: ¿CABE ADMITIR LA MORA EN OBLIGACIONES DE NO HACER?

A. Los artículos 1333 y 1160 del Código Civil y la Exposición de Motivos

Para un autorizado autor (Cárdenas Quirós, 1988, pp. 75-76), no cabe admitir la aplicación de la mora a las obligaciones de no hacer en el actual estado de nuestro ordenamiento. Esta idea tiene como principal base lo previsto en los artículos 1333.2 y 1160 del CC.

El artículo 1333.2 del CC, que forma parte del régimen de constitución en mora del deudor, establece lo siguiente:

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

[...]

2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que **había de entregarse el bien, o practicarse el servicio**, hubiese sido motivo determinante para contraerla.

Nótese que la norma citada hace referencia únicamente a las obligaciones de dar (entregarse el bien) y de hacer (practicarse el servicio), sin hacer mención alguna a las obligaciones de no hacer.

Por otro lado, el artículo 1160 del CC, que forma parte del régimen aplicable a las obligaciones de no hacer, hace una remisión a una serie de normas. El precepto señala que son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los **artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157 del CC**. Por ende, esta norma determina expresamente la aplicación del primer párrafo del artículo 1154 del

¹⁷ Como explica Díez-Picazo Giménez "los riesgos contractuales pueden estar distribuidos por las partes convencionalmente en el mismo momento de celebrar el contrato o en uno posterior" (1996, p. 463).

CC, omitiéndose, por tanto, la referencia a su segundo párrafo, el cual contempla precisamente la **constitución en mora del deudor**¹⁸. Ante este estado de nuestra legislación, el referido autor concluye que la posibilidad de aplicar la mora del deudor a las obligaciones de no hacer **ha sido descartada** (Cárdenas Quirós, 1988, p. 75).

A lo anterior cabría añadir, además, lo señalado por los autores de nuestro CC en su Exposición de Motivos. Así, con respecto al artículo 1333.2 del CC, se ha expresado que **“la mora es una institución propia de las obligaciones de dar y de hacer, cuando el incumplimiento consista en un retraso, pero que ella queda descartada en las obligaciones de no hacer”** (Revoredo de Debakey, 1985, pp. 458-459) [el énfasis es nuestro]. Por su parte, sobre el artículo 1160 del CC se indica que

[...] no resulta aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1154, referido a la **constitución en mora del deudor**, por cuanto ella es ajena a las obligaciones de no hacer. En estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar. Esta es la sana doctrina y la regla legislativa uniforme (1985, p. 332) [el énfasis es nuestro].

No obstante, a nuestro juicio, ni la omisión de las obligaciones de no hacer en el artículo 1333.2 del CC ni la del segundo párrafo del artículo 1154 en el artículo 1160 del CC son motivos que determinen concluyentemente que en nuestro CC es inaplicable el régimen de mora a las obligaciones negativas. Por el contrario, estas omisiones tienen su razón de ser en la reducida concepción que, durante mucho tiempo, se ha tenido de las obligaciones de no hacer, dentro de la cual predominaban aquellos supuestos en los que cualquier infracción siempre constituye un **incumplimiento definitivo** (ejemplos como no talar un árbol o no concurrir a una fiesta, como refiere Moisset de Espanés, 1975, p. 356). Por tanto, si esa era la forma de entender a las obligaciones de no hacer por parte de la doctrina tradicional, es entendible que, por consecuencia, los autores del CC, en los citados pasajes de la Exposición de Motivos, hayan concluido que no era aplicable la mora a dicho tipo de obligaciones.

En cambio, a nuestro parecer, existen principalmente dos motivos para defender la aplicabilidad de la mora del deudor a las obligaciones negativas, incluso en el estado actual de nuestro CC. Por un

lado, el **genuino rol que cumplen las exposiciones de motivos en materia de interpretación normativa**. Y, por otro lado, la **falta de correlación entre lo expresado en la Exposición de Motivos y lo que efectivamente prevé el CC peruano**.

1. Las exposiciones de motivos en materia de interpretación normativa

El fin de la actividad hermenéutica es hallar el **sentido de la ley normativamente decisivo** (Betti, 1975, p. 131; Larenz, 2010, p. 325). En ese contexto, debe determinarse si las opiniones expresadas por los redactores del CC en su Exposición de Motivos representan dicho sentido normativo y, por ende, constituyen un factor que vincula al intérprete.

En la búsqueda del sentido normativo de una ley, es inevitable cuestionarse sobre la **voluntad del legislador** y, por consecuencia, a qué sujetos se hace referencia cuando se habla justamente del legislador. En el proceso legislativo, es claro que la mayoría de parlamentarios suele dejar en manos de especialistas (usualmente reunidos en una comisión redactora o reformadora) las particularidades y los detalles del texto legal aprobado por aquellos. Por lo tanto, lo único sobre lo que los legisladores tienen una real opinión –y, por ello, sobre lo que verdaderamente dan su aprobación– es la **intención reguladora y los fines fundamentales de la ley**. Así pues, los comentarios vertidos por los especialistas –frecuentemente expresados en una exposición de motivos– no tienen, por sí solos, fuerza suficiente para vincular la interpretación de una ley (Díez-Picazo Giménez, 1992, p. 516; Larenz, 2010, pp. 325-326).

Nótese, además, la necesidad de diferenciar la **intención reguladora y los fines fundamentales de la ley** de las **concretas ideas normativas** de los especialistas que se encargan del proceso de redacción de una ley. Solo lo primero determina un factor sobre el cual los parlamentarios han adoptado una genuina opinión, razón por la cual puede llamársele **voluntad del legislador**. De esta manera, la actividad de interpretación normativa debe estar orientada principalmente a ello, pues así se garantiza, además, el genuino rol de los legisladores dentro del proceso de creación y concreción positiva del derecho (Larenz, 2010, p. 326).

Por ejemplo, sin duda alguna, es intención reguladora y fin fundamental del legislador en el Código

¹⁸ Segundo párrafo del artículo 1154 del CC: “La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la **constitución en mora del deudor**”.

de Protección y Defensa del Consumidor la protección del consumidor en sus relaciones con un proveedor, con base en la asimetría informativa propia de esta clase de relaciones jurídicas. En consecuencia, toda interpretación de este texto legal deberá estar orientado en beneficio del consumidor, tal y como lo establece el artículo V.2 del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Bajo esta idea, el régimen de mora del deudor está insertado en una serie de remedios que la ley reconoce al **acreedor** con el objetivo de proteger su interés en el cumplimiento de la obligación que un deudor tiene con él (Díez-Picazo, 2008, p. 771). Este sistema de remedios no solo debe permitirle el acreedor reaccionar frente a un incumplimiento absoluto, sino también ante todo tipo de contravenciones obligacionales, sin importar la clase de obligación infringida. Por este motivo, determinar que la mora del deudor es inaplicable a las obligaciones de no hacer porque “la simple acción del deudor viola la obligación” supondría, por ejemplo, limitar al acreedor a demandar siempre el pago de una indemnización, sin darle opción a perseguir un cumplimiento tardío de la obligación (Ferrer de San-Segundo, 2001, p. 266); algo que, además, va en contra de lo previsto en los artículos 1151 y 1158 del CC.

Y es que, incluso en el supuesto negado de que la ley **prohíbe** aplicar el régimen de mora a las obligaciones negativas (cosa que evidentemente no hace¹⁹), habría que cuestionarse la legitimidad del legislador para **expropiar sin indemnización** el interés que el acreedor todavía podría tener en insistir en el cumplimiento (aunque sea tardío) de la obligación de no hacer. Ello, además, tendría matices discriminatorios respecto del acreedor de obligaciones positivas en casos sustancialmente idénticos.

Por el contrario, las **concretas ideas normativas** son, en realidad, posiciones sobre el alcance de un precepto en particular, pero, sobre todo, son opiniones de los redactores del texto de la ley. No obstante, estos sujetos no son, ni individual ni colectivamente, el legislador, razón por la cual estas posiciones no constituyen un factor que vincule al intérprete. De hecho, **resultará razonable apartarse de dichas opiniones en no pocas ocasiones**, pues es usual que estas **resulten rezagadas frente a las posibilidades de aplicar la norma**, aun cuan-

do no estén basadas en una evaluación errónea de la realidad (Larenz, 2010, p. 326).

Con lo anterior no se quiere negar que las ideas expresadas por los redactores de una ley sirven de ayuda para delimitar el contexto histórico y las posibilidades de aplicación concebidas por sus autores (Díez-Picazo Giménez, 1992, p. 520). Sin embargo, estas opiniones no constituyen (o no deben constituir) un límite efectivo que impida aplicar la ley a situaciones no previstas inicialmente, siempre que con ello se cumpla con el **sentido normativamente decisivo de la ley** (Lacruz Berdejo, 2006, pp. 248-249).

Así pues, admitir la aplicabilidad del régimen de mora del deudor a las obligaciones de no hacer en nuestro ordenamiento no contraviene el **sentido normativo de la ley**. De hecho, va en coherencia con el sistema de remedios que el CC reconoce a favor del acreedor para defender su derecho de crédito. Por lo tanto, los pasajes citados de la Exposición de Motivos, al no representar la **intención reguladora** ni los **finés fundamentales de la ley**, no permiten, por **sí mismos**, sostener concluyentemente la inaplicabilidad de la mora a las obligaciones de no hacer.

2. La falta de correlación entre la Exposición de Motivos y el Código Civil

Como se aprecia de los pasajes citados de la Exposición de Motivos del CC, para sus redactores la sola contravención de una obligación de no hacer por parte del deudor constituye **incumplimiento definitivo** y, por lo tanto, ello explicaría la inaplicabilidad del régimen moratorio a tal supuesto.

Sin embargo, de un ligero examen de algunas normas de nuestro CC se puede colegir algo distinto. Por ejemplo, el artículo 1158 del CC señala lo siguiente:

El **incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer** autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1. **Exigir la ejecución forzada**, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor
2. **Exigir la destrucción de lo ejecutado** o destruirlo por cuenta del deudor
3. Dejar sin efecto la obligación [el énfasis es nuestro].

¹⁹ A diferencia de otros ordenamientos como el italiano. El artículo 1222 del Codice Civile establece que “[l]as disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer; cualquier hecho cometido en violación de estas constituye por sí mismo incumplimiento”.

Nótese del texto resaltado que es la propia ley la que prevé, como medios de defensa frente al incumplimiento de obligaciones de no hacer, a la **ejecución forzada** y a la **destrucción de lo ejecutado**.

La **ejecución forzada** supone, fundamentalmente, el ejercicio del derecho de recurrir al juez para obtener una **actuación o realización del derecho de crédito** (Cordón Moreno, 2002, p. 27). Así pues, es indudable que **solo puede ser objeto de realización aquella obligación** en la que, pese a su inicial vulneración, **aún es posible su futura ejecución**. De este modo, si es el propio CC el que reconoce como eventual medio de defensa la ejecución forzada de una obligación de no hacer, por pura lógica, lo hace porque igualmente reconoce que esta clase de obligaciones puede ser **contravenida** solo de forma **temporal**. Por el contrario, no se puede cumplir, ni siquiera forzosamente, algo cuyo cumplimiento se ha hecho definitivo (Cárdenas Quirós, 1988, p. 76; Espinoza Espinoza, 2016, p. 243).

Por su parte, la **destrucción de lo ejecutado** permite al acreedor ver repuesta la situación al estado anterior al que acaeció el incumplimiento. Este medio de defensa, sin embargo; no solo puede ser empleado cuando el incumplimiento es definitivo y el acreedor busca que el previo estado de cosas se recomponga (porque lo mal hecho no le sirve o porque incluso le causa perjuicio): también funciona cuando el incumplimiento es **temporal** y la destrucción de lo mal hecho preserva todavía la utilidad o el interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación (Martín Pérez, 1989, p. 352). De esta manera, el acreedor puede perseverar en la futura realización de su derecho de crédito, **por considerarse aún realizable la obligación de no hacer** (Martín Pérez, 1989, p. 352).

Por lo anterior, ha de notarse que es la propia regulación ofrecida por el CC la que reconoce que **no toda infracción de obligaciones de no hacer constituye un incumplimiento definitivo**. Por tanto, es plenamente posible que esta clase de obligaciones pueda ser incumplida solo **temporalmente**, lo que, además, determina el principal presupuesto para aplicar el régimen moratorio.

Para abundar en razones, los referidos medios de defensa del artículo 1158 del CC están previstos, además, en el primer párrafo del artículo del Código Procesal Civil. Este precepto, en el contexto de un proceso ejecutivo sobre una obligación de no hacer, establece lo siguiente:

El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que en el plazo de diez días **deshaga lo hecho** y, de ser el caso, **se abstenga**

de continuar haciendo, bajo apercibimiento de deshacerlo forzosamente a su costo [el énfasis es nuestro].

Sobre esta norma, y pese a mostrarse contrario a reconocer la aplicación de la mora a las obligaciones de no hacer en el estado actual de la legislación, Cárdenas Quirós (1988, p. 76) expresa que, “[t]eniendo en cuenta la redacción de la norma transcrita –la que no plantea exclusión alguna–, cabe afirmar que la misma **comprende en sus alcances las hipótesis en las que está admitida la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer**, lo que constituye un caso singular en la legislación nacional” (Espinoza Espinoza, 2016, p. 243) [el énfasis es nuestro].

En consecuencia, existe una clara falta de correlación entre lo manifestado en la Exposición de Motivos y la regulación ofrecida por el CC. Mientras en la primera se concluye la inaplicabilidad de la mora a las obligaciones de no hacer porque se asume que toda contravención de estas es **definitiva**, la segunda reconoce la posibilidad de que esta clase de obligaciones se vea incumplida solo **temporalmente**. Solo así puede explicarse que el artículo 1158 del CC prevea, como medios de defensa aplicables a las obligaciones de no hacer, el cumplimiento forzoso y la destrucción de lo ejecutado indebidamente.

Por lo tanto, es preciso reconocer que, pese a las posiciones expresadas por los autores del CC, es nuestro propio ordenamiento jurídico el que admite que las obligaciones negativas puedan ser incumplidas solo temporalmente. Por ello afirmamos que estas obligaciones también pueden ser objeto de **mora del deudor**, con todas las consecuencias jurídicas que ello supone.

3. Utilidad de la aplicación del régimen moratorio a las obligaciones negativas

Defendida la aplicabilidad del régimen de mora del deudor a las obligaciones de no hacer, cabe explicar si se trata de una cuestión meramente conceptual o si, por el contrario, tal reconocimiento desplegaría, además, consecuencias jurídicas prácticas. En nuestra opinión, amén de la importancia a nivel dogmático, reconocer aplicable el régimen moratorio a las obligaciones negativas tiene una considerable relevancia jurídico-práctica en dos principales aspectos: por un lado, otorgaría coherencia al sistema de remedios frente al incumplimiento previsto en el CC y, por otro, se reforzaría la defensa del derecho de crédito del acreedor en materia de responsabilidad por imposibilidad sobrevenida (artículos 1154 y 1336 del CC).

- a. En materia de remedios frente al incumplimiento: indemnización de daños y cláusula penal

Reconocer que en las obligaciones negativas es aplicable el régimen moratorio permite dar una mayor coherencia al sistema de remedios frente al incumplimiento previsto en el CC. Bajo el prisma de la doctrina tradicional, mientras en las obligaciones positivas (de dar o de hacer) se reconoce dos tipos básicos de incumplimiento –definitivo y temporal–, en las obligaciones de no hacer toda contravención constituye por sí sola un **incumplimiento definitivo**. Sin embargo, sostener este razonamiento es incongruente con los remedios que el CC prevé expresamente para los casos de incumplimiento de obligaciones negativas.

En materia de **indemnización por daños**, cabe aludir a lo establecido en el primer párrafo del artículo 1321 y en el artículo 1159 del CC. El primero enuncia la regla general de que el incumplimiento de una obligación (sin distinguirse su tipo) generará responsabilidad por daños cuando sea atribuible al deudor²⁰. El segundo, pensado especialmente para las obligaciones de no hacer, contempla la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento²¹.

En ese contexto, al menos a nivel teórico, pensar que las obligaciones negativas solo pueden ser incumplidas **definitivamente** acarrearía la conclusión de que el acreedor de este tipo de obligaciones, frente a cualquier incumplimiento imputable al deudor, no tiene más remedio que la **indemnización por daños** (además de dejar de estar obligado a la contraprestación en el caso de obligaciones recíprocas). Es decir, dada la imposibilidad de un futuro cumplimiento, el derecho de crédito del acreedor quedaría reducido a una suma dineraria por los daños sufridos a causa de la contravención obligacional.

Sin embargo, no es esto lo que regula el legislador de 1984. Como se ha explicado, el artículo 1158 del CC prevé, para las obligaciones negativas, remedios complementarios a la indemnización por daños (artículo 1159 del CC): el cumplimiento forzoso y la destrucción de lo hecho. Ambos remedios implican, por su propia naturaleza, la posibilidad de que una obligación negativa contravenida

pueda ser **posteriormente cumplida**²², razón por la cual debe admitirse la idea de que, bajo nuestro propio régimen, este tipo de obligaciones es susceptible de **incumplimiento temporal** y, por tanto, pasible de ser objeto de **mora**.

Ahora bien, en el contexto descrito, ¿qué añade reconocer aplicable el régimen moratorio a las obligaciones negativas? Principalmente dos cosas:

- (i) la unificación del esquema de responsabilidad civil aplicable a **todas las obligaciones** (no solo a las positivas); y,
- (ii) el pacto de **cláusulas penales moratorias** en obligaciones negativas.

La **primera cuestión** permite reconocer que, tal y como sucede con las obligaciones positivas (de dar y de hacer), en las obligaciones negativas el **mero retraso** en el cumplimiento no necesariamente acarrea la mora ni, por tanto, la responsabilidad por daños del deudor (artículos 1336 del CC): haría falta el requisito formal de la interpelación (primer párrafo del artículo 1333 del CC), salvo que, en virtud de otras circunstancias, la mora se genere automáticamente (segundo párrafo del artículo 1333 del CC).

Por el contrario, cuando se trata de un **incumplimiento definitivo**, la responsabilidad por daños surge sin necesidad de constituir en mora al deudor (artículo 1158 del CC). En todos los casos anteriores, nada impide que el acreedor, frente al incumplimiento –temporal o definitivo– del deudor, acuda a los remedios establecidos en el artículo 1158 del CC.

Por su parte, la **segunda cuestión** implica la posibilidad del acreedor de servirse de una cláusula penal moratoria para el caso de incumplimiento de una obligación negativa (Ferrer de San-Segundo, 2001, p. 255). En efecto, nuestro CC distingue dos tipos de cláusula penal: compensatoria y moratoria.

El artículo 1341 del CC, que regula la **cláusula penal compensatoria**, señala que

“[e]l pacto por el que se acuerda que, **en caso de incumplimiento**, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de **limitar el resarcimiento a esta**

²⁰ Primer párrafo del artículo 1321 del CC: “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”.

²¹ Artículo 1159 del CC: “En los casos previstos por el artículo 1158, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios”.

²² Aunque, como se explicó, el remedio de **destrucción de lo hecho** también puede operar cuando el incumplimiento es definitivo y lo que se busca es recomponer una situación que el acreedor no buscaba y que le puede causar perjuicio.

prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior [...]” [el énfasis es nuestro].

Por su parte, el artículo 1342 del CC contiene el régimen de la **cláusula penal moratoria** e indica que “[c]uando la cláusula penal se estipula **para el caso de mora** [...], el acreedor tiene derecho para exigir, **además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación**” [el énfasis es nuestro].

De estos preceptos, ha de advertirse la diferencia entre el régimen aplicable a los incumplimientos definitivos y a los temporales. Si se acepta la idea de que **todo incumplimiento de obligaciones de no hacer es definitivo**, el acreedor de esta clase de obligaciones solo podría acordar una **cláusula penal compensatoria** o por **todo el valor de la prestación**, de acuerdo al artículo 1341 del CC, y no una **cláusula penal moratoria** por los daños ocasionados por el retraso, conforme con el artículo 1342 del CC. Y es que, si se asume que el incumplimiento es definitivo, el acreedor no tendría la posibilidad de requerir un posterior cumplimiento de la obligación y, por ende, se vería limitado a demandar siempre **la penalidad por el íntegro de la prestación**²³.

Así pues, dentro del régimen de cláusula penal, admitir que las obligaciones negativas pueden ser susceptibles de **incumplimiento moratorio**, permite al acreedor pactar también cláusulas penales moratorias. De ese modo, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor tiene derecho no solo a la penalidad acordada, sino también al propio cumplimiento de la obligación negativa²⁴.

b. En materia de traslado de los riesgos sobrevenidos al deudor moroso

Uno de los principales efectos de la *mora debitoris* es el traslado al deudor de los riesgos sobrevenidos de la prestación debida (artículo 1336 del

CC). Este efecto está previsto, además, para las obligaciones de hacer, en el segundo párrafo del artículo 1154 del CC, el cual establece que, si la prestación resulta imposible **después de la constitución en mora del deudor**, este último deberá indemnizar al acreedor por los daños generados a causa de la imposibilidad (además de perder el derecho a la contraprestación, para el caso de obligaciones recíprocas)²⁵.

Sin embargo, como se ha explicado en este trabajo, el artículo 1160 del CC parece determinar que la regla contenida en el referido segundo párrafo del artículo 1154 del CC no es aplicable a las obligaciones negativas. Ello, en nuestra opinión, generaría una desprotección al acreedor de este tipo de obligaciones, quien no tendría la posibilidad de demandar los daños ocasionados por la imposibilidad de la prestación, cuando esta, aunque no sea atribuible a culpa del deudor, sí se originó en un periodo de tiempo en el que este último debía considerarse en mora.

Para explicarlo mejor, proponemos el siguiente ejemplo:

En la ciudad de Piura, un empresario tiene dos discotecas, A y B, y decide vender una de ellas: la A. En virtud del contrato de compraventa por el que se transmite el negocio y a cambio de un sobreprecio, se pacta que el empresario transferente no competirá con el adquirente en la misma ciudad y en la misma rama del negocio transferido durante el plazo de 1 año contado desde su efectiva entrega. Por esta razón, el transferente se obliga a cerrar la discoteca B durante el referido lapso de tiempo. La entrega del negocio se produce el 1 de enero de 2018, por lo cual el plazo de no competencia pactado finalizará el 31 de diciembre de 2018.

No obstante, producida la entrega del negocio, el transmitente se ve en la necesidad económica de no cerrar la discoteca B, conservándola abierta

²³ De hecho, el Anteproyecto propone reformular el artículo 1342 CC de la siguiente manera:

“Cuando la cláusula penal es compensatoria el acreedor no tiene derecho a exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación. Por el contrario, cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor puede exigir adicionalmente el cumplimiento de la obligación” (Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil, 2020).

Nótese, por tanto, que, bajo la propuesta de reforma, es definitivo que solo a través del pacto de una cláusula penal **moratoria** o **para seguridad de un pacto determinado**, el acreedor podrá instar aún el cumplimiento de la obligación.

²⁴ Ha de reconocerse, en todo caso, que, en virtud de la autonomía privada y aun con el estado actual de nuestra legislación, nada obsta para que las partes de una relación obligatoria en la que está involucrada una prestación negativa puedan pactar una verdadera cláusula penal moratoria (y, por tanto, permitírsele al acreedor instar el cumplimiento amén de la penalidad). Sin embargo, es importante que el sistema de remedios regulado en el CC guarde coherencia normativa, con el fin de que no se preste a interpretaciones dudosas o ambiguas.

²⁵ Artículo 1154 del CC:

Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda. La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor.

hasta el 31 de marzo de 2018, fecha en la que finalmente la cierra. Tal retraso le produce daños al adquirente de la discoteca A, quien ve afectada la consolidación de su posición al frente de la empresa adquirida durante los tres meses de incumplimiento. Sin embargo, como aún le interesa que el pacto de no competencia se cumpla, aceptará que el transferente-deudor cumpla su obligación negativa durante el lapso de 1 año, a partir del 1 de abril de 2018; plazo que culminaría el 31 de marzo de 2019.

Lamentablemente, el 15 de enero de 2019 (a falta de 2 meses y medio para completar el plazo de no competencia), la discoteca A sufre un incendio accidental, causando cuantiosas pérdidas económicas que obligan al nuevo dueño a cerrar definitivamente el negocio. De este modo, la obligación de no competencia se hace **imposible fortuitamente**, dado que la empresa favorecida por la obligación de no competencia hace innecesaria la continuación del cumplimiento²⁶.

Del caso planteado y con base en lo ya desarrollado en este trabajo, ¿qué podría demandar el acreedor de la obligación de no competencia? Sin duda alguna, en virtud de los artículos 1159 y 1321 del CC, el deudor de la obligación negativa de no competir deberá responder por los daños y perjuicios causados al acreedor durante los tres meses iniciales en que no cerró la discoteca B. Sin embargo, si se considerase que el segundo párrafo del artículo 1154 del CC no es aplicable a las obligaciones negativas, el acreedor no tendría derecho a reclamar indemnización alguna por los daños que se le generaron a partir de la interrupción de la obligación de no competir hasta el tiempo en que esta debía terminar (básicamente los ingresos económicos que se habrían percibido durante los 2 meses y medio que restaban para que se cumpla la obligación de no competencia, si no fuese imposible realizar tal prestación), ya que tal interrupción se debió a una imposibilidad debida a **causa no imputable** del deudor (el incendio de la discoteca A fue **accidental**).

Distinta consecuencia se obtiene si se entiende aplicable dicho precepto (segundo párrafo del artículo 1154 del CC), reconociéndose la **mora en las obligaciones negativas**. En efecto, si se considera que el deudor en cuestión se encontraba en mora desde el preciso instante en que empezó el retraso en el cumplimiento de su obligación (sea porque las partes lo pactaron así o porque, en todo caso,

operaría la mora automática del artículo 63 del Código de Comercio, por tratarse de una obligación surgida de un evidente contrato mercantil: compraventa de empresa) y que esta no se purga sino hasta el **cumplimiento íntegro de la prestación**, el acreedor tendría derecho a demandar una indemnización por los daños que se le generaron a partir de la interrupción de la obligación de no competir (15 de enero de 2019) hasta el tiempo en que esta debía terminar (31 de marzo de 2019), siempre que supongan **la parte de los beneficios que no se habrían perdido definitivamente de todos modos por el incendio**. Todo ello porque, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1154 y el artículo 1336 del CC, el deudor constituido en mora debe responder por la imposibilidad sobreviniente de la prestación, **aun cuando ella obedezca a causa de que no le era imputable**.

Es más, ni siquiera podría liberarse el deudor de esta responsabilidad arguyendo que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque hubiese cumplido oportunamente (en virtud del artículo 1336 del CC). Ello porque, si el deudor hubiera cumplido con la obligación de no competir en el tiempo debido (esto es, desde el 1 de enero del 2018), la causa no imputable no habría afectado la prestación debida (la obligación de no competencia debía terminar el 31 de diciembre de 2018, quince días antes del incendio de la discoteca).

Aunque no cabe duda de que una hipótesis como la planteada es de difícil concurrencia, lo cierto es que no puede ser descartada de cara a una regulación general de la mora como medio de defensa del derecho de crédito del acreedor. La diferencia entre las consecuencias de aplicar la mora y de no hacerlo son considerables. Por todo lo anterior, pensamos que, en la medida en que tanto en las obligaciones positivas como en las negativas puede tener lugar el supuesto de hecho (incumplimiento temporal) y los efectos de la mora, no se ve un verdadero motivo para que se deba excluir a las segundas del régimen moratorio.

VI. VÍAS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN MORATORIO A LAS OBLIGACIONES NEGATIVAS

Explicado todo lo anterior, cabe cuestionarse sobre la necesidad de reformar el CC con el fin de hacer expresa la aplicación del régimen moratorio a las obligaciones negativas o si, por el contrario, es posible admitirla en el estado actual de nuestra legislación.

²⁶ Como enseña Sanz Sanz (2018, p. 15 [versión electrónica]), el supuesto más prototípico en el que se produce la extinción de la obligación de no competir posterior a la transmisión de un fondo empresarial o unidad productiva "es el del cese y posterior liquidación de la unidad productiva por el adquirente, ya que al desaparecer [esta del tráfico jurídico también lo hacen los motivos que reclamaban la aplicación de la prohibición al deudor]".

A. La aplicación analógica

En nuestra opinión, es posible acudir a una aplicación analógica del actual régimen de mora a las obligaciones negativas²⁷, en virtud de dos principales motivos:

- (i) por la presencia de los mismos elementos decisivos en las obligaciones positivas y negativas (*ubi eadem ratio, idem ius*); y,
- (ii) porque lo permite el propio ordenamiento jurídico (Vásquez Sotomayor, 2018, pp. 63-66).

Bajo el **primer motivo**, la razón analógica se sustenta en la semejanza estructural entre las obligaciones positivas (dar y hacer) y la de las obligaciones negativas y, por ende, en sus modos de incumplimiento. Por esta razón, ambos supuestos de hecho deben ser **valorados de igual forma** en sus aspectos decisivos (posibilidad de retraso y de imposibilidad fortuita), en virtud de la exigencia de justicia de tratar igualmente a lo igual o, en otras palabras, *ubi eadem ratio, idem ius* (a igual razón, igual derecho) (Larenz, 2010, p. 374).

Como se ha desarrollado en este trabajo, en el incumplimiento de obligaciones negativas concurren **los mismos elementos estructurales** que se manifiestan en el incumplimiento de obligaciones positivas para los fines de la **mora**. Esto es, la **posibilidad de un incumplimiento temporal** y de una **imposibilidad sobrevenida originada por caso fortuito**.

Con relación al **incumplimiento temporal**, creemos que puede asumirse razonablemente que este tipo de contravenciones también pueden tener lugar en obligaciones de no hacer, al analizar críticamente los motivos fácticos expresados por aquellos autores que inadmiten la mora en este tipo de obligaciones. Se puede afirmar, por tanto, que son posibles los **incumplimientos temporales en obligaciones de no hacer**. Además, también se ha explicado que la imposibilidad de la prestación por causa no imputable no es algo exclusivo de las obligaciones positivas. Por ello, si se acepta la aplicación de la *mora debitoris* a esta clase de obligaciones, el deudor constituido en mora asumirá los riesgos sobrevenidos que hacen imposible el futuro cumplimiento de la obligación, de acuerdo al artículo 1336 del CC.

Por su parte, bajo el **segundo motivo** referido (la permisibilidad del propio ordenamiento jurídico), ha de señalarse que el artículo IV del Título Preliminar del CC establece la prohibición de aplicar por analogía una ley que **establece excepciones o restringe derechos**²⁸. Por lo tanto, si se entiende que la **mora no está prevista como excepción** en el CC ni se trata de una institución que **restringa derechos**, es posible interpretar que aquella puede ser aplicada a las obligaciones de no hacer.

Así pues, es claro que el régimen de *mora debitoris* **no establece excepciones**, pues el artículo 1333 del CC contempla a la constitución en mora como una institución aplicable a nivel general y sin hacer **distinción entre obligaciones**: “[i]ncurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación”²⁹.

También puede decirse que el régimen moratorio **no restringe derechos**. En efecto, aunque pudiera pensarse así, la mora no es una institución que **restringa** derechos al deudor, sino un **medio de defensa** a favor del acreedor, con la finalidad de remediar una situación objetivamente injusta para aquel y de la que debe responder el obligado (Díez-Picazo, 2008, p. 771).

Por estos motivos, ante el silencio del CC peruano con relación a la **mora** en las obligaciones negativas, puede aplicarse dicha figura sobre la base de una interpretación analógica, en virtud de la similitud de los elementos decisivos jurídicamente entre el incumplimiento de obligaciones positivas y negativas, así como porque tal aplicación no contraviene prohibición alguna de nuestro ordenamiento jurídico (Vásquez Sotomayor, 2018, p. 66).

B. La propuesta del Anteproyecto: reforma del artículo 1160 del Código Civil

De las numerosas propuestas presentadas por el Anteproyecto de Reforma del Código civil peruano, publicado por Resolución Ministerial 0046-2020-JUS, resalta la dirigida a modificar el actual artículo 1160 del CC. Como se ha explicado, esta norma enumera cuatro preceptos que, formando parte del régimen de las obligaciones de hacer, son aplicables también a las obligaciones de no hacer.

²⁷ Sobre analogía jurídica en el CC peruano, véase a Rubio Correa (2003, p. 45).

²⁸ Es una norma dirigida a los tribunales de justicia o, en general, a quienes aplican el derecho (Herrada Bazán, 2017b, p. 132).

²⁹ Diferente es el caso del artículo 1100 del CC español, el cual expresa: “Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación”. La falta de referencia a los obligados a “no hacer” ha motivado a que un sector autorizado de la doctrina de ese país se oponga a la aplicación de la mora del deudor a las obligaciones negativas (Albaladejo García, 1989, p. 359).

Textualmente indica que “son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos **1154, primer párrafo**, 1155, 1156 y 1157” [el énfasis es nuestro].

Es precisamente la exclusión del segundo párrafo del artículo 1154 del CC (que alude a la constitución en mora del deudor) del régimen de las obligaciones negativas lo que, entre otras razones, ha motivado a un sector de nuestra doctrina a señalar que, bajo el estado actual de nuestro CC, no es aplicable el régimen moratorio a tal tipo de obligaciones.

En ese contexto, el Anteproyecto propone reformar el artículo 1160 del CC, reemplazándolo por la siguiente fórmula: “Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos **1154, 1155, 1156 y 1157**” (Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil, 2020, p. 85). Como se aprecia de la propuesta, se busca suprimir la referencia al **primer párrafo** del artículo 1154 del CC. Ello da a entender que dicho precepto, **en su integridad**, resulta aplicable a las obligaciones de no hacer o negativas, lo que incluye su segundo párrafo y supone, por tanto, admitir la figura de la constitución en mora del deudor en este tipo de obligaciones.

La Exposición de Motivos de esta propuesta señala lo siguiente (Libro VI, artículo 1160):

Dada la existencia de **obligaciones de no hacer de ejecución continuada** que suponen un **empezar a no hacer**, cuyo incumplimiento no genera de forma automática la pérdida del interés del acreedor en el cumplimiento, **a diferencia** de lo que sucede con las obligaciones de no hacer que importan un **continuar no haciendo o que son de ejecución instantánea**, la propuesta indica que es de aplicación el artículo 1154 en su totalidad, con lo cual **resulta aplicable el régimen moratorio a las obligaciones de no hacer** (Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil, 2020) [el énfasis es nuestro].

La reforma propuesta por el Anteproyecto consolida la idea de que, tal y como sucede con las obligaciones positivas, también las negativas son susceptibles de ser incumplidas solo **temporalmente**, esto es, perviviendo el interés del acreedor y, por tanto, la posibilidad de un futuro cumplimiento. Esta idea, además, permite dar mayor coherencia a la serie de remedios que el CC reconoce al acreedor que se ve afectado por el incumplimiento o lesión de su derecho de crédito.

Sin embargo, ha de dejarse claro que la mera posibilidad fáctica no es suficiente para aconsejar la aplicabilidad del régimen moratorio a este tipo de obligaciones, sino además las bondades **funcionales** que otorga la mora para defender el derecho de crédito del acreedor. Es el agravamiento de la responsabilidad del deudor moroso lo que da una verdadera utilidad a la aplicación del régimen moratorio a las obligaciones negativas, pues ello le permite al acreedor estar mejor amparado ante las consecuencias negativas que el incumplimiento temporal del deudor le produce: no solo en materia de daños derivados del retraso (artículo 1336 del CC), sino también de la imposibilidad sobrevinida de la prestación (segundo párrafo del artículo 1154 y artículo 1336 del CC).

Como hemos demostrado, es posible sustentar, a partir del estado actual de nuestro CC, la aplicación del régimen moratorio a las obligaciones negativas. Sin embargo, consideramos positivo que dicha aplicación sea reconocida expresamente en la ley, pues ello permitiría borrar cualquier ambigüedad o duda al respecto.

De hecho, la otra norma que generaba este tipo de ambigüedades (el inciso 2 del artículo 1333 del CC) ha sido también objeto de reforma por parte del Anteproyecto (pues se propone la entera derogación del inciso 2³⁰) con lo cual, no habría lugar a duda en nuestro CC sobre la aplicabilidad de la mora a **todo tipo de obligaciones**.

En todo caso, es preciso manifestar nuestra discrepancia con la parte de la Exposición de Motivos en que se asume que el incumplimiento de una obligación negativa de **seguir no haciendo** produce automáticamente la pérdida del interés del acreedor. Como hemos explicado, aunque se pueda asumir que, en la mayor parte de los casos de este tipo de obligaciones, un incumplimiento puede frustrar definitivamente el interés del acreedor (quien, se entiende, busca que la situación pasiva del deudor verificada con anterioridad se conserve incólume), no se trata de una regla absoluta. Tal consecuencia dependerá fundamentalmente de la naturaleza de la obligación y, especialmente, de la forma en que las partes la han configurado. Así, es posible hablar de incumplimientos temporales (y, por tanto, de mora) en obligaciones negativas de **seguir no haciendo**, siempre que el interés del acreedor perviva y sea posible, por ello, un futuro cumplimiento (amén de la pretensión de indemnización por los daños causados por el incumplimiento).

³⁰ Aunque ha de advertirse que tal propuesta de derogación en el Anteproyecto no está motivada en dejar más clara la aplicabilidad del régimen moratorio a las obligaciones de no hacer, sino principalmente en la formulación de una nueva causal de mora automática: en las obligaciones a plazo determinado.

VII. CONCLUSIONES

Es posible y conveniente admitir expresamente en el CC la posibilidad de aplicar el régimen moratorio a las obligaciones de no hacer, principalmente por tres razones:

- (i) porque son posibles los incumplimientos temporales en obligaciones de no hacer de ejecución duradera;
- (ii) porque reconocer la mora en obligaciones negativas daría coherencia normativa al sistema de remedios frente al incumplimiento regulado por el CC (principalmente, en cuanto a la responsabilidad por daños y a cláusula penal se refiere);
- (iii) porque permite una mejor protección del acreedor frente a la lesión de su derecho de crédito (sobre todo, en cuanto a la posibilidad de trasladar los riesgos sobrevenidos de la prestación al deudor moroso).

Por otro lado, si bien proponemos que es posible la aplicación analógica del régimen de mora a las obligaciones negativas dado el estado actual de nuestro CC, no por ello debe dejar de destacarse positivamente la reforma propuesta por el Anteproyecto al artículo 1160 del CC, aun cuando no compartamos enteramente los motivos que la fundamentan. 🗨️

REFERENCIAS

- Albaladejo García, M. (1989). Comentario al artículo 1.100. En Albaladejo García, M. (Dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (tomo XV, Vol. 1). Madrid: Edersa.
- (2002). *Derecho civil II. Derecho de obligaciones* (11ra ed.). Barcelona: Bosch.
- Baraona González, J. (1998). *El retraso en el cumplimiento de obligaciones*. Madrid: Dykinson.
- Barbosa Beraún, E. y J. Miranda Gómez (2011). La “mora del deudor” y el proyecto de reformas al Libro de Obligaciones. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (60), pp. 273-282.
- Barchi Velaochaga, L. (2011). Comentarios a algunas de las Propuestas de Enmienda del Código civil (Libro de obligaciones). *THĒMIS-Revista de Derecho*, (60), pp. 233-254.
- Baudry-Lacantinerie, G. y L. J. Barde (1905). *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des obligations* (tomo 1, 3ra ed.). París : Larose et Tenin.
- Benatti, F. (1968). *La costituzione in mora del debitore*. Milán: A. Giuffrè.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1973). Las obligaciones divisibles e indivisibles. *Anuario de Derecho Civil*, 26(2), pp. 507-584.
- Betti, E. (1975). *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos* [Traducido al español por José Luis de los Mozos]. Madrid: Edersa.
- Cárdenas Quirós, C. (1988). La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (12), pp. 72-77.
- (2011). La reforma del Derecho de obligaciones en el Código Civil de 1984. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (60), pp. 169-187.
- Cordón Moreno, F. (2002). *El proceso de ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi.
- De la Puente y Lavalley, M. (2003). *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código civil* (tomo 1, 2da ed.). Lima: Palestra Editores.
- De Pablo Contreras, P. (2008). Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual. En Martínez de Aguirre Aldaz C. (Coord.). *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones* (2da ed.). Madrid: Colex.
- Díez-Picazo Giménez, L.M. (1992). Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas). *Anuario de derecho civil*, 45(2), pp. 501-534.
- Díez-Picazo Giménez, G. (1996). *La mora y la responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* (tomo 2, 6ta ed.). Cizur Menor: Thomson Civitas.
- Egúsqüiza Balmaseda, M. (1990). *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*. Barcelona: Bosch.
- Espinoza Espinoza, J. (2016). La mora. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (68), p. 229-244.
- Ferrer de San-Segundo, M. J. (2001). *La obligación negativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil Peruano de 1984 (2020). *Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano y su Exposición de motivos*. Lima: s/e. Disponible en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/514546/Anteproyecto_Reforma_Codigo_Civil_Versio%CC%81n_adeCuada.pdf

- Hernández Gil, A. (1983). *Derecho de obligaciones*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces.
- Herrada Bazán, V. (2017a). Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias). *Revista de Derecho Civil*, 4(1), pp. 31-75.
- (2017b). *La exclusión de socios en la Ley General de Sociedades*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Kaser, M. (1965). *Derecho Privado Romano* [traducido al español por Roman Private Law]. Durban: Butterworths.
- Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F.A., Luna Serrano, A., Delgado Echevarría, J., Rivero Hernández, F. & J. Rams Albesa (2006). *Elementos de Derecho Civil* (tomo 1, Vol. 1, 4ta ed.). Madrid: Dykinson.
- Larenz, K. (2010). *Metodología de la Ciencia del Derecho* (4ta ed.) [Traducido al español por Marcelino Rodríguez Molinero]. Barcelona: Ariel.
- Martín Pérez, A. (1989). Comentario al artículo 1099. En Albaladejo, M. (Dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (tomo XV, Vol. 1). Madrid: EDESA.
- Moisset de Espanés, L. M. (1975). Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 238(1), pp. 345-359.
- (1996). La mora en el Código Civil de Perú de 1984. *Anuario de derecho civil*, 49(2), pp. 645-672.
- Montes, A. C. (1993). El régimen jurídico de las obligaciones indivisibles. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 69(616), pp. 851-874.
- Osterling Parodi, F. y M. Castillo Freyre (1994). *Tratado de las obligaciones* (tomo 2). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (2010). La mora. *Revista Ita Ius Esto* (5), pp. 43-59. Disponible en: <https://bit.ly/2ktj9i0>
- Peña Romero, K. (2012). *El pacto de exclusiva*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Revoredo de Debaquey, D. (Comp.) (1985). *Código Civil. Exposición de motivos y Comentarios* (tomo 5). Lima: Artes Gráficas de la Industria Avanzada.
- Rogron, J. A. (1829). *Code Civil expliqué par des motifs et par des exemples*. Bruselas: H. Tarlier.
- Rubio Correa, M. (2003). Comentario al artículo IV del Título Preliminar. En Camacho Gutiérrez, W. (dir.). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (tomo 1). Lima: Gaceta Jurídica.
- Sanz Sanz, A. (2018). Enajenación de unidad productiva y prohibición de competencia en el concurso de acreedores. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, (29), pp. 143-167.
- Torres Vásquez, A. (2014). *Teoría general de las obligaciones* (Vol. 2). Lima: Instituto Pacífico.
- Vásquez Sotomayor, A. (2018). *La mora en las obligaciones negativas. Argumentos para su aplicación en el Código civil peruano* (tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura, Piura. Perú.
- Von Thur, A. (1999). *Tratado de las obligaciones* (tomo 2) [traducido por W. Roces]. Madrid: Reus.
- Zegarra Mulánovich, A. (2008). El Código Civil y los contratos mercantiles. *Revista Ita Ius Esto*, (1), pp. 191-199.
- (2010). Del comerciante al empresario. El Derecho mercantil de obligaciones actual. *Aequitas*, (4), pp. 11-52.
- Zimmermann, R. (1990). *The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Ciudad del Cabo-Múnich: Juta-Beck.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Código Civil [Perú]. Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984.
- Codice Civile [Italia]. *Gazzeta Ufficiale*, 4 de abril de 1942.
- Código de Comercio [Perú]. Diario Oficial *El Peruano*, 15 de febrero de 1902
- Corte Superior de Justicia [Perú]. Sentencia recaída en el expediente 213-7-97-Lima, de 30 de julio de 1997.
- Resolución Ministerial 0046-2020-JUS del Poder Ejecutivo. Disponen publicación del anteproyecto de reforma del Decreto Legislativo 295, de 6 de febrero de 2020.
- Resolución Ministerial 0300-2016-JUS del Poder Ejecutivo. Constituyen el Grupo de Trabajo que se encargue de revisar y proponer mejoras respecto al Decreto Legislativo 295, de 18 de octubre de 2016.