



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# LA MORA EN LAS OBLIGACIONES NEGATIVAS. ARGUMENTOS PARA SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Aarón Vásquez-Sotomayor

Piura, junio de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Vásquez, 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. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

**UNIVERSIDAD DE PIURA**

**FACULTAD DE DERECHO**



**La mora en las obligaciones negativas. Argumentos para su  
aplicación en el Código civil peruano**

**Tesis para optar el Título de Abogado**

**Aarón Moisés Vásquez Sotomayor**

**Asesor: Mgtr. Víctor Gonzalo Herrada Bazán**

**Piura, Junio 2018**



### **Aprobación**

Tesis titulada “*La mora en las obligaciones negativas. Argumentos para su aplicación en el Código Civil Peruano*”; presentada por Aarón Moisés Vásquez Sotomayor en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Mg. Víctor Gonzalo Herrada Bazán.

---

Director de Tesis



## **Dedicatoria**

A mis padres Alejo y Rudy, y a mis hermanos Katia y Gabriel, que sin su apoyo constante jamás habría podido culminar esta etapa de mi crecimiento profesional. A Alessandra María Teresa, que sin su paciencia y comprensión hubiese sido imposible realizar este trabajo y; finalmente a mis amigos que de alguna u otra forma me han apoyado para concluir esta investigación.



### **Agradecimiento**

Aprovecho estas líneas para expresar mi profundo agradecimiento al Mg. Víctor Gonzalo Herrada Bazán, por la confianza, el tiempo y la dedicación brindada en la realización de esta investigación. Sin su constante apoyo este trabajo hubiese sido imposible de realizar.



## Resumen Analítico - Informativo

La mora en las obligaciones negativas. Argumentos para su aplicación en el Código civil peruano.

Aarón Moisés Vásquez Sotomayor

Asesor: Mgtr. Víctor Gonzalo Herrada Bazán

Tesis de Grado

Licenciado en Derecho

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, junio de 2018.

**Palabras claves:** mora, obligaciones negativas, interpelación, indemnización, acreedor, deudor, incumplimiento temporal.

**Descripción:** Tesis de grado en Derecho perteneciente a la línea de investigación de Derecho Civil.

El autor presenta el resultado de la investigación acerca de la aplicabilidad de la mora en las obligaciones negativas en el Código civil peruano.

**Contenido:** El texto de la tesis está dividido en tres partes: En un primer capítulo se analiza a la mora como institución jurídica heredada de los romanos, con qué fin surgió la mora, cuáles eran sus consecuencias y a qué supuestos se aplicaban. Asimismo se hace una necesaria distinción entre mora y retraso. En un segundo capítulo se estudia cómo está la mora regulada en nuestro ordenamiento, sus presupuestos, y sus efectos. En el tercer capítulo se explica las razones por las cuales conviene reconocer la aplicación de la mora a las obligaciones negativas. Posteriormente se explica la base jurídica a través de la cual se ha de admitir la mora en obligaciones negativas y, finalmente, se expondrá la utilidad jurídico-práctica de reconocer tal admisibilidad.

**Metodología:** Método cualitativo.

El presente trabajo consiste en un análisis de manera cualitativa de conceptos de instituciones del derecho de obligaciones, para lo cual se ha recurrido a doctrina nacional e internacional, a fin de sustentar las conclusiones de la presente tesis.

**Conclusiones:** Existe una serie de argumentos desde el punto de vista fenomenológico, legislativo y funcional, que permiten la aplicación de la mora en las obligaciones negativas. Pese al silencio que el Código civil guarda con respecto a esta materia, se puede defender que el régimen moratorio que dicha ley recoge puede ser aplicable a las obligaciones negativas a través de una interpretación analógica., sin necesidad de modificación legislativa alguna.

**Fuentes:** Información recogida de libros, artículos legales y revistas científicas.

**Fecha de elaboración resumen:** 01 de junio de 2018.



## ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	3
<b>Capítulo 1. El retraso y la mora: Una necesaria distinción histórica</b> .....	6
1.1. Introducción.....	6
1.2. La mora y el retraso en el Derecho romano.....	7
1.2. La mora y el retraso en el Derecho común.....	11
1.3. La influencia de Pothier en la codificación: la mora y el retraso a partir de la interpelación.....	12
<b>Capítulo 2. El retraso y la mora en el código civil peruano</b> .....	16
2.1. La regulación del CC sobre la mora y el retraso.....	16
2.2. Presupuestos de la mora.....	18
2.2.1. Retraso en el cumplimiento.....	18
2.2.2. Imputación del retraso al deudor: la culpa.....	21
2.2.3. La interpelación como regla general.....	23
2.2.3.1. Finalidad y requisitos de la interpelación.....	24
2.2.3.2. Forma de la interpelación.....	25
2.2.3.3. Excepciones a la regla general.....	27
2.2.3.4. La mora automática en el Derecho mercantil.....	33
2.3. Efectos de la mora.....	34
2.3.1. La atribución de los riesgos sobrevenidos al deudor.....	34
2.3.2. La indemnización por retraso.....	35
2.3.3. Los intereses moratorios.....	36
<b>Capítulo 3. La mora del deudor en obligaciones negativas</b> .....	38
3.1. Introducción.....	38
3.2. Las obligaciones negativas: concepto, consideraciones y tipología.....	39
3.2.1. Consideraciones sobre las obligaciones negativas.....	40
3.2.2. Clases de obligaciones negativas.....	42
3.3. Análisis crítico de las posturas tradicionales sobre la mora en obligaciones negativas 44	
3.3.1. Postura basada en razones fenomenológicas.....	44
3.3.1.1. Obligaciones negativas de “seguir no haciendo”.....	46
3.3.1.2. Obligaciones negativas de “empezar a no hacer”.....	50
3.3.1.3. El tiempo en las obligaciones negativas.....	51
3.3.2. Postura basada en razones legislativas.....	53

3.3.2.1	Las exposiciones de motivos en la actividad hermenéutica.....	55
3.3.2.2.	La falta de correspondencia entre la Exposición de Motivos y el CC .....	58
3.3.3.	Postura basada en razones funcionales.....	61
3.4.	Base jurídica: la aplicación analógica del régimen moratorio a las obligaciones negativas.....	63
3.5.	Utilidad de la aplicación del régimen moratorio a las obligaciones negativas.....	66
3.5.1.	En materia de traslado de los riesgos sobrevenidos al deudor moroso .....	66
3.5.2.	En materia de indemnización por daños y cláusula penal.....	68
<b>Conclusiones .....</b>		<b>70</b>
<b>Referencias Bibliográficas .....</b>		<b>73</b>

## Introducción

Hablar de las obligaciones negativas es hacerlo, probablemente, del tipo de obligaciones menos tratado en la doctrina, en la jurisprudencia e, incluso, en la propia legislación. Basta ver el escueto tratamiento que nuestro CC le brinda: un título (III del Libro IV) de tres artículos (arts. 1158, 1159 y 1160) en donde el último tan solo se limita a hacer una remisión a las normas pertinentes del régimen de las obligaciones de hacer.

Sin embargo, lo cierto es que, en la actualidad, varios casos de obligaciones negativas acaparan el tráfico jurídico, principalmente en materia de contratación (sobre todo, mercantil). Basta mencionar los pactos de exclusividad (por el que un sujeto se obliga a no contratar la misma prestación con una persona distinta a la contraparte contractual por un cierto tiempo y en un determinado espacio) o de confidencialidad (por el que un sujeto se obliga a no divulgar información a la que la contraparte le ha brindado acceso en virtud del negocio celebrado), como acuerdos (normalmente accesorios, pero de gran relevancia jurídica y económica) que se han hecho frecuentes en la celebración de diversos contratos empresariales, cuyo objeto se caracteriza por consistir en un *no hacer*.

El escueto tratamiento legislativo dirigido a regular las obligaciones negativas en el CC comprende, principalmente, los remedios contra el incumplimiento, es decir, aquellos medios que el ordenamiento reconoce al acreedor para defender su derecho de crédito frente a las inejecuciones del deudor. Sin embargo, probablemente inspirado por la doctrina tradicional y casi uniforme, nuestro CC guarda silencio con respecto a la posibilidad de aplicar el régimen de mora en este tipo de obligaciones. Se trata de un régimen originado desde antiguo (desde el Derecho romano) por el cual el deudor que incumple temporalmente con su obligación ve agravada su responsabilidad con respecto a la prestación debida y a los daños ocasionados con su incumplimiento.

El argumento que, durante mucho tiempo, ha empleado la doctrina tradicional es que la *mora* no es aplicable a una *obligación negativa* porque en esta, *todo incumplimiento es definitivo*. Y ya que la *mora*, por definición, requiere de un incumplimiento *temporal*, se entiende que se trata de dos figuras incompatibles.

Este argumento parte de la reducida concepción que, desde antaño, se ha tenido de las obligaciones negativas. Usualmente, esta clase de obligaciones se concebían como una en la que la prestación debía cumplirse en un solo momento o de manera instantánea, y ello explicaba que cualquier incumplimiento resultara definitivo. Sin embargo, la realidad ha demostrado que también existen (y, de hecho, serán las más comunes) obligaciones negativas cuya prestación ha de realizarse en un periodo más o menos duradero de tiempo. Ante tal situación, un sector de la doctrina (al que yo me adhiero) ha analizado diversos casos de obligaciones de no hacer en los que el incumplimiento del deudor bien puede considerarse *temporal*, abriéndose posibilidad de que el régimen de la *mora* se aplique también a este tipo de obligaciones.

Con el fin de defender esta idea, he dividido mi tesis en tres partes:

En la primera, analizo a la *mora* como institución jurídica heredada de los romanos. En este capítulo, se estudia con qué fin se ideó la *mora*, qué consecuencias jurídicas tenía y en qué supuestos se aplicaba. Asimismo, se hace una necesaria distinción entre la *mora* y el retraso, conceptos que, si bien estrechamente relacionados, son diferentes y sirven para entender mejor la regulación que nuestro ordenamiento le brinda a la institución que se estudia.

En la segunda parte, analizo cómo está regulada la *mora* en nuestro ordenamiento, partiendo de la nula relevancia jurídica que el CC le da al *mero retraso* en materia de indemnización por daños. En este capítulo es particularmente relevante el análisis de los presupuestos de la *mora* y sus efectos, ya que ello me permitirá, después, sustentar la aplicabilidad del régimen moratorio a las obligaciones negativas.

En la tercera y última parte, explico las razones por las cuales conviene reconocer la aplicación del régimen de mora a las obligaciones negativas. Para dicho fin, analizo críticamente los tres tipos de motivos que la doctrina tradicional ha sostenido para oponerse a la aplicación de la mora en este ámbito: motivos de origen fenomenológico, de origen legislativo y de origen funcional. Posteriormente, explicaré la base jurídica a través de la cual se ha de admitir la mora en obligaciones negativas y, finalmente, expondré la utilidad jurídico-práctica de reconocer tal admisibilidad.

## Capítulo 1 El retraso y la mora: Una necesaria distinción histórica

### 1.1. Introducción

La mora y el retraso o retardo en el cumplimiento son conceptos íntimamente relacionados, a tal punto que no podríamos hablar de mora sin la concurrencia de un retraso en la prestación obligacional. Sin embargo, esta estrecha relación ha llevado, muchas veces, a confusión entre ambos conceptos, razón por la cual debe precisarse que *no todo retraso conlleva mora*.

La mora y el retardo no son conceptos idénticos. Hay situaciones que sólo importan un retardo, y no mora, la cual necesita o precisa del “requerimiento” o de la interpelación. Por ello, se concluye que *toda mora conlleva un retraso, pero no todo retraso implica, necesariamente una mora*<sup>1</sup>.

En el caso peruano, el régimen moratorio no es ajeno a la distinción respecto del retraso en la obligación. Para OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, al adoptar el Derecho civil peruano como regla general aquella de la mora por intimación, resulta evidente que no toda demora o retraso determinará la mora, ya que podría no haber habido intimación. Pero, dentro del esquema peruano, cuando hay mora siempre habrá retraso, ya que –sea por intimación o por tratarse de mora automática– necesariamente debe haber un incumplimiento temporal<sup>2</sup>.

Estas ideas previas, si bien originadas a partir del estado actual de nuestro ordenamiento, describen una realidad verificada desde tiempos antiguos –en específico, desde el Derecho romano–. Al analizarse el origen de ambos fenómenos, se aprecia una estrecha relación entre “mora” y “retraso”. Sin embargo, también se puede concluir que ambas figuras se distinguían desde entonces.

---

<sup>1</sup> PALACIO PIMENTEL, H. G., *Las obligaciones en el Derecho civil peruano*, Editorial Huallaga, Lima, 2006, p. 505.

<sup>2</sup> OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREIRE, M., “La mora”, en *Revista Ita Ius Esto*, n. 5, 2010, p. 48.

## 1.2 La mora y el retraso en el Derecho romano

La mora, como institución jurídica, se originó en las obligaciones de derecho estricto de *dar una cosa cierta* (*stipulatio de dare o reddere una certa res*). En estas obligaciones, la destrucción de la cosa debida liberaba al deudor, ya que el *dare oportere* en la fórmula suponía que la cosa debida aún existía («*non paret Titium servum Stichum dare oportere*»)<sup>3</sup>. Por el contrario, cuando la cosa se perdía, el juez estaba obligado a absolver al deudor.

Esta solución no era justa para los últimos juristas romanos republicanos, quienes la cuestionaron en dos situaciones: cuando la cosa se hubiera perdido por responsabilidad del deudor y cuando la cosa se hubiera perdido después de que el deudor hubiera incurrido en mora<sup>4</sup>. Ambas situaciones suponían una conducta reprobable del deudor, porque en un caso, la cosa todavía debía existir y, en el otro, porque el deudor debía entregar la cosa cuando aún existía.

Los romanos, entonces, crearon una ficción: la *perpetuatio obligationis*. A través de ella, si la imposibilidad se debía a la conducta del deudor o se producía después del tiempo en que el deudor debía entregar la cosa debida, el objeto de la obligación era considerado aún existente. Así, se daba un contenido afirmativo al *dare oportere* de la fórmula («*si paret Titium servum Stichum Caio dare oportere*»), y se condenaba al deudor al pago del valor de la cosa<sup>5</sup>.

La *perpetuatio obligationis*, entonces, es una figura a través de la cual la imposibilidad sobrevinida imputable al deudor de dar la cosa debida o la ocurrida cuando aquel se encontraba en mora le traslada a él el riesgo por la prestación debida, debiendo pagar al acreedor su valor. La mora, por tanto, es una situación de agravamiento del riesgo del deudor por la cosa debida, como consecuencia de un previo incumplimiento temporal.

---

<sup>3</sup> Cfr. KASER, M., *Roman Private Law*, traducción de *Römisches Privatrecht*, por Rolf Dannenbring, Butterworths, Durban, 1965, p. 159.

<sup>4</sup> Cfr. ZIMMERMANN, R., *The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta-Beck, Ciudad del Cabo-Munich, 1990, pp. 784 y 785.

<sup>5</sup> Cfr. KASER, *Roman Private...*, cit., p. 159.

Ahora bien, ¿el retraso moratorio se producía solo con la *interpellatio* del acreedor en el Derecho romano?

Durante muchos años, se consideró que la interpelación era esencial para configurar la mora y, con ella, los efectos de la *perpetuatio obligationis*<sup>6</sup>. Es una opinión basada en el siguiente texto de MARCIANO D.22.1.32pr.:

*«Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit; quod apud iudicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius libro duodecimo Epistolarum scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque Constitutione ulla, neque iuris acutorum quaestione decidi posse, quum sit magis facti, quam iuris»;*

el cual se tradujo así:

*«Se entiende que se causa la mora no por el hecho, sino por la persona, esto es, si el interpelado no hubiere pagado en lugar oportuno, lo que se examinará ante el juez. Porque como escribió también Pomponio en el libro duodécimo de las Epístolas, es difícil la definición de esta materia. También el Divino Pío respondió por rescripto a Tulio Balbo, que no puede decidirse ni por Constitución alguna, ni por cuestión de los autores de derecho, si se entiende causada la mora, como quiera que sea cuestión más bien de hecho, que de derecho».*

Para la opinión tradicional, este pasaje es la prueba de que la mora en el Derecho romano no se verificaba *ex re* (es decir, por el solo hecho del retraso), sino *ex persona*, esto es, a través de la imputación del deudor y la *interpelación* correspondiente<sup>7</sup>. De ahí la opinión de que la intimación del acreedor era un requisito esencial para la mora.

<sup>6</sup> Cfr. MONTEL, A., *La mora del debitore*, Cedam, Padua, 1930, p. 27.

<sup>7</sup> Cfr. CANNATA, C. A., "Mora (storia)", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXVI, Giuffrè, Milán, 1976, pp. 922-924.

Sin embargo, esta traducción fue criticada por una autorizada doctrina<sup>8</sup>. Según esta opinión, la expresión “*id est*” que se tradujo como “esto es”, también puede significar “por ejemplo” y, por lo tanto, el texto debería leerse así:

“*Se entiende que se casusa la mora no por el hecho, sino por la persona, **por ejemplo**, si el interpelado no hubiere pagado en lugar oportuno, lo que se examinará ante el juez*”.

Por tanto, para estos autores, los romanos *no requerían siempre la interpelación para verificar la existencia de la mora*, sino solo en aquellos casos en los que determinarlo resultaba difícil<sup>9</sup>.

En opinión de SIBER, si se quisiera *definir* a la mora con la expresión *id est*, “difícilmente se puede explicar por qué la interpelación sustenta que la mora se verifique en la persona del deudor”<sup>10</sup>. Para él, la interpelación es un acto del acreedor, y si en relación con ella, la mora se define como *ex persona veniens*, esta expresión debería significar algo que tiene su origen en la persona del acreedor. Sin embargo, la mora se predica solo de aquel que hace la mora, es decir, del deudor. Por esta razón, el elemento personal está en este último y no en el acreedor.

También se ha dicho que la mora era algo que debía ser valorada por el juez («*quod apud iudicem examinabitur*»). Por tanto, en palabras de MONTEL, si se definiera a la mora en virtud de la existencia de una interpelación previa, cabría preguntarse «¿qué cosa será objeto de examen por parte del juez?». La circunstancia de que el deudor fue interpelado y no cumplió *no es algo que sea de tal dificultad que requiera la valoración de un juez*. Por el contrario, la mora tenía como requisito la imputabilidad del retraso al deudor, lo que sí debía determinarse

<sup>8</sup> Criticada por SIBER, en cita de ZIMMERMANN, *The law...*, cit., p. 792, cuando señala que en D.22.1.32, MARCIANO expresa la idea de que la mora romana no se acreditaba por el mero retraso, sino por una imputación al deudor, sin que para ello resulte esencial la *interpellatio*.

<sup>9</sup> Cfr. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996, p. 72.

<sup>10</sup> Citado por HERRADA BAZÁN, V., *La mora y su problemática en las operaciones comerciales*, tesis doctoral en elaboración, *pro manuscripto*, Cap. 2, n. I.2.

por el juez. Por lo tanto, el término *ex persona* hacía referencia a la imputación al deudor y no a la interpelación<sup>11</sup>.

En resumidas cuentas, el pasaje citado no contemplaba originariamente una definición de la mora en torno a la interpelación. Solo se limitaba a indicar que el fundamento de tal institución no era un simple retraso de hecho (*ex re*), sino la incidencia de un elemento subjetivo (*ex persona*)<sup>12</sup>. La *interpellatio*, en realidad, solo funcionaba como una herramienta para probar que el deudor conocía el tiempo de debido cumplimiento de la obligación y, de ese modo, determinar su responsabilidad si pese a ello no cumplía con lo debido<sup>13</sup>.

Por lo tanto, en el Derecho romano, la ausencia de cumplimiento una vez vencida la obligación –simple retraso– *podía generar una situación de mora, sin necesidad de interpelación alguna*, si de las circunstancias del caso concreto podía imputarse tal incumplimiento al deudor.

Por otro lado, si bien la *perpetuatio obligationis* era el principal efecto del retraso imputable en obligaciones *dare* o *reddere* una cosa cierta, no era el único efecto generado por este tipo de incumplimientos temporales. Los juristas romanos eran conscientes de los daños que podía ocasionar al acreedor el mero retraso en el cumplimiento por parte del deudor. Resalta, en este aspecto, el texto de ULPIANO (D.50.16.12.1): “*Minus solvit, qui tardius solvit, nam et tempore minus solvitur*”, es decir, “paga menos el que paga más tarde, porque también se paga menos con relación al tiempo”. Por lo tanto, así como el retardo era relevante para determinar el riesgo de la cosa debida, también lo era *como un incumplimiento que podía generar daño*.

Para cuantificar estos daños, CANNATA dice que los romanos usaban una especie de cláusula penal, es decir, una estipulación por la cual, en caso de incumplimiento, el deudor

---

<sup>11</sup> Cfr. MONTEL, *La mora...*, cit., pp. 27 y 28.

<sup>12</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora...*, cit., p. 92.

<sup>13</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *The law...*, cit., pp. 792 y 793.

debía pagar al acreedor un monto determinado o en proporción a la demora. Tal pena entraba en vigor a partir del solo retraso, *sin que fuera necesaria la existencia de interpelación*<sup>14</sup>.

En Derecho romano, por lo tanto, era importante el retraso en el cumplimiento no solo por los problemas de imputación de riesgos sobrevenidos, sino por el resarcimiento del daño causado al acreedor por una prestación tardía<sup>15</sup>. Así, se aplicó analógicamente el régimen de la cláusula penal descrita a los supuestos de retraso, de modo que tuviese efecto por sí mismo desde el vencimiento y *sin necesidad de intimación*<sup>16</sup>.

## 1.2. La mora y el retraso en el Derecho común

El papel de la interpelación como delimitador de la mora (aunque únicamente para el efecto que le es propio: la *perpetuatio obligationis* o traslación de los riesgos sobrevenidos al deudor) fue adquiriendo cada vez más fuerza a partir de los glosadores. VOET, por ejemplo, definía a la mora de la siguiente manera: “*Mora ex persona fit, si interpellatus oportuno loco et tempore non solverit*”<sup>17</sup>. Todo ello pese a que, como se ha explicado, eran varios los pasajes romanos donde no se contemplaba la interpelación para los fines de la mora.

En tal situación, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ señala que, frente a la contradicción de, o bien considerar siempre necesaria la intimación, o bien asumir que existían supuestos de constitución en mora *ex re*, los glosadores interpretaban estos textos presuponiendo a toda costa una intimación implícita, aun cuando no se mencionara una interpelación expresa del acreedor<sup>18</sup>. Es en este contexto donde MONTEL sitúa a la máxima *dies interpellat pro homine*, ya que, para este autor, en los textos romanos donde no se hablaba de interpelación, los glosadores en el Derecho común consideraban al *tiempo* como un subrogado de la *interpelación*<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> CANNATA, “Mora...”, cit., p. 924.

<sup>15</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora...*, cit., p. 76.

<sup>16</sup> Cfr. CANNATA, “Mora...”, cit., p. 924.

<sup>17</sup> Citado por HERRADA BAZÁN, *La mora...*, cit., Cap. 2, n. II.3.

<sup>18</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora...*, cit., p. 92.

<sup>19</sup> MONTEL, *La mora...*, cit., p. 26, quien considera a BALDO como el primer expositor de esta máxima.

Por estos motivos se puede decir que los autores medievales aceptaban dos tipos de constitución en mora: con interpelación del acreedor o con interpelación del tiempo. De este modo, VOET señalaba que “no solo es posible la interpelación hecha por el hombre. También la ley e incluso el tiempo puede interpelar por el hombre, si se añade a la obligación un día cierto de cumplimiento [...]. La mora se divide en *ex re* y *ex persona*, siendo esta última la más frecuente y aquella, la más rara. Hay mora *ex persona* si existiendo interpelación en lugar y tiempo oportuno, el deudor no paga o si siendo demandado, el deudor no cumple [...]. La mora *ex re* se produce sin interpelación cuando así lo establece la ley o cuando se acuerde que se produce automáticamente”<sup>20</sup>.

Resumiendo, estas ideas, en el Derecho romano la interpelación no era esencial para que el retraso configurara la mora. Sin embargo, durante el Derecho intermedio, esto cambió, defendiéndose a la interpelación como un requisito fundamental para los fines de la mora. Eso sí, únicamente para el fin que le era propio a la mora: la *perpetuatio obligationis* o traslación de riesgos sobrevenidos al deudor. Por el contrario, aun en esta época del Derecho, el mero retraso sin mora era relevante para la indemnización de daños y perjuicios<sup>21</sup>.

### **1.3. La influencia de Pothier en la codificación: la mora y el retraso a partir de la interpelación**

Esta concepción del retraso y la mora cambió mucho a partir de la doctrina propuesta por uno de los más influyentes juristas franceses de la época pre-codificadora: POTHIER. Este autor, en su Tratado, establecía que el retraso en el cumplimiento se verificaba siempre *a partir de la intimación del acreedor*. Para el jurista francés, era a partir de este acto cuando empezaba a correr, como regla general, el tiempo de debido cumplimiento del deudor<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Citado por HERRADA BAZÁN, *La mora...*, cit., Cap. 2, n. II.3.

<sup>21</sup> Cfr. HERRADA BAZÁN, *La mora...*, cit., Cap. 2, n. II.3.

<sup>22</sup> Cfr. HERRADA BAZÁN, *La mora...*, cit., Cap. 2, n. II.4.

Para POTHIER, “un deudor no se considera exigido de entregar la cosa debida más que por una *interpelación judicial hecha válidamente, y solo desde el día de tal interpelación*”. Por tanto, el deudor “*será responsable de los daños y perjuicios generados al acreedor a partir de tal interpelación*” y, por ello, “debe indemnizarlo por todo aquello que habría tenido si hubiera recibido la cosa debida tan pronto como *lo requirió*”.

Y respecto de la *perpetuatio obligationis*, el jurista dice que “si la cosa debida se ha deteriorado o perdido por completo, *después del requerimiento al deudor*, por algún caso fortuito o fuerza mayor, *el deudor es responsable de esta pérdida* en los casos en que la cosa no se habría perdido en manos del acreedor” y, además “el deudor está obligado a dar razón al acreedor, no solo de los frutos recaudados, sino por todos aquellos que el acreedor podría haber percibido *desde el requerimiento al deudor*”<sup>23</sup>.

De lo anterior, se puede concluir que POTHIER cambia la original concepción del retraso como incumplimiento obligacional y la situación de mora, a raíz del papel que le atribuye a la *interpelación del acreedor*. En los términos de HERRADA BAZÁN, “Pothier cambia radicalmente este esquema, en la medida en que le otorga a la interpelación *un rol soberano*. Es decir, ya no solo será requisito para la constitución en mora, sino además para determinar cuándo se está, en general, ante un incumplimiento obligacional que, por ende, puede generar daños y perjuicios al acreedor”<sup>24</sup>.

Como se explicó, originalmente, la mora era un efecto del retraso en el cumplimiento, que trasladaba al deudor el riesgo sobrevenido. Para que surgiera este efecto, era necesario un incumplimiento temporal imputable (Derecho romano), al cual se sumó la interpelación del acreedor como requisito (en el Derecho común). Sin embargo, bajo el esquema de POTHIER, el incumplimiento se produce junto con la propia mora, a partir de la interpelación. Al respecto,

---

<sup>23</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, nn. 143 y 144. La traducción del texto es de HERRADA BAZÁN, *La mora...*, cit., Cap. 2, n. II.4.

<sup>24</sup> HERRADA BAZÁN, *La mora...*, cit., Cap. 2, n. II.4.

se ha dicho que “[e]sta asimilación hizo que la mora, como institución jurídica, *pasara de ser una agravación de la responsabilidad del deudor por un incumplimiento antecedente, a ser el propio incumplimiento* y que, por tal motivo, fuera clasificada tradicionalmente como uno de los tipos básicos de contravención obligacional”<sup>25</sup>.

Esta idea influyó notablemente en los primeros códigos europeos. En Francia, tanto el anterior art. 1146 como el actual art. 1231 CC francés establecen como regla general que los daños y perjuicios generados por el incumplimiento *solo se deberán desde que el deudor sea requerido de cumplir su obligación*<sup>26</sup>. También el BGB alemán, cuando se trata de infracciones obligacionales temporales, tanto en su texto original<sup>27</sup> como en el actualizado por la reforma del año 2002<sup>28</sup>, el legislador sitúa a la constitución en mora del deudor como el referente a partir del cual se responde por los daños ocasionados al acreedor.

Más discutible es que el mismo planteamiento se haya asumido del todo en los ordenamientos italiano y español. Aun cuando la mayor parte de la doctrina de ambos países sostiene la irrelevancia del simple retraso, fuera de la mora, para los fines de una indemnización de daños<sup>29</sup>; existen varias voces que defienden lo contrario: que el retraso sin mora es relevante jurídicamente para tal fin<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> HERRADA BAZÁN, *La mora...*, cit., Cap. 2, n. II.4.

<sup>26</sup> El anterior art. 1146 CC francés decía que “[*l*es dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation [...]”. El actual art. 1231 CC francés indica que “[*a*] moins que l’inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s’exécuter dans un délai raisonnable”.

<sup>27</sup> El anterior § 284 BGB ordenaba que “[s]i después del vencimiento de la obligación el deudor no cumple después de recibir aviso del acreedor, el deudor está en mora por dicho requerimiento [...]”, mientras el también anterior § 286 BGB señalaba: “El deudor indemnizará al acreedor por cualquier daño causado como consecuencia de la mora”.

<sup>28</sup> El actual § 280(2) BGB exige que, para demandar los daños por el retraso en el cumplimiento, es necesario que previamente se cumpla con la constitución en mora prevista en el § 286.

<sup>29</sup> En la doctrina italiana, véase BENATTI, F., *La costituzione in mora del debitore*, Giuffré, Milán, 1968, pp. 15 y ss.

En la doctrina española, véase por todos a ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al artículo 1.100”, en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1989, p. 355; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 880.

<sup>30</sup> En la doctrina italiana, véase CANNATA, C.A., *L’inadempimento delle obbligazioni*, 5ª reimp., Cedam, Padua, 2016, pp. 86-88.

En la doctrina española, véase CARDENAL FERNÁNDEZ, J., *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Montecorvo, Madrid, 1979, pp. 315 y ss.; BARAONA GONZÁLEZ, J., *El retraso en el cumplimiento de obligaciones*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 122 y ss.

Ahora bien, dada la influencia que también ejerció la doctrina y la codificación francesa en nuestro ordenamiento, vale preguntarse cómo están regulados la mora y el retraso en nuestro CC.

## Capítulo 2 El retraso y la mora en el código civil peruano

### 2.1. La regulación del CC sobre la mora y el retraso

Para determinar cómo regula el CC la relación entre retraso y mora (esto es, si los identifica o los distingue y si, en general, el retraso sin mora es relevante jurídicamente), habrá de examinar detenidamente los arts. 1321, 1º párr. (que contiene la regla general de indemnización por daños), 1333 (que regula el supuesto de hecho de la mora) y 1336 CC (que contiene los efectos de la mora).

Así pues, el art. 1321, 1º párr. CC expresa:

“Queda sujeto a la **indemnización de daños y perjuicios** quien **no ejecuta sus obligaciones por dolo**, culpa inexcusable o culpa leve”.

Si nos quedáramos únicamente con esta norma, podría concluirse que cualquier tipo de inejecución de obligaciones (sea incumplimiento temporal o definitivo, cumplimiento parcial o defectuoso, etc.) imputable al deudor (por dolo o culpa) genera la obligación de indemnizar por los daños ocasionados al acreedor. Bajo este razonamiento, *todo retraso en el cumplimiento* (por tratarse de una inejecución) sería relevante jurídicamente por sí mismo, siempre que ocasione daño y sea imputable al deudor.

Sin embargo, nuestro CC proviene de una larga tradición jurídica europeo-continental<sup>31</sup>, razón por la cual, como ha sucedido en otras codificaciones<sup>32</sup>, el *retraso* como tipo de incumplimiento ha sido regulado de manera particular a través de la institución de la *mora*.

En ese sentido, el art. 1336 CC señala:

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

<sup>31</sup> Cfr. LUNA VICTORIA LEÓN, C., “Código civil de 1852: lo nacional y lo importado”, en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 42, 1988, pp. 80 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. art. 1100 CC español; art. 1231 CC francés; § 280(2) BGB alemán; art. 1219 CC italiano.

Nótese que esta norma añade al mero retraso un requisito particular para que, solo así, el deudor se vea obligado a “responder de los daños y perjuicios” ocasionados: la *constitución en mora*. De esta manera, se puede inferir que, acorde con nuestro ordenamiento, *solo un deudor constituido en mora responderá por los daños ocasionados por su retraso en el cumplimiento de la obligación*<sup>33</sup>.

Finalmente, cabe determinar, con base en nuestro ordenamiento, ¿cuándo se entiende que un deudor ha sido constituido en mora? El art. 1333, 1º párr. CC establece, como regla general, que:

***“Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.”***

Se puede apreciar que la regla general en nuestro ordenamiento es que *solo a partir de la interpelación por parte del acreedor al deudor* (esto es, a partir de que aquel le exija a este el cumplimiento de su obligación) se entenderá que este último ha sido *constituido en mora* y, por lo tanto, soportará los efectos que el art. 1336 CC establece para ese supuesto de hecho. Uno de esos efectos, como se estudiará más adelante, es precisamente la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados con el retraso<sup>34</sup>.

Así pues, *el solo retraso, sin los requisitos de la constitución en mora, no basta en nuestro ordenamiento para desencadenar la responsabilidad por daños*. Por lo tanto, se puede concluir que nuestro CC ha asumido la doctrina de POTHIER (según la cual, solo hay

---

<sup>33</sup> OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M., “Comentario al artículo 1336” en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. 6, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, señalan, citando a Llambias, que “el efecto propio de la mora es *hacer jurídicamente relevante el incumplimiento del deudor*” (énfasis añadido).

Sin embargo, cabe anotar que, si bien el *retraso* requiere de la *mora* para generar la obligación de indemnizar por los daños, no significa que dicho retraso, por sí solo, sea *irrelevante jurídicamente*, ya que el propio ordenamiento le atribuye algunos efectos. Un ejemplo muy claro sucede en el *contrato de fianza*, donde el acreedor no necesita requerir de cumplimiento al deudor para, solo entonces, acudir al fiador. La responsabilidad del fiador surge con el solo vencimiento (y exigibilidad) de la obligación del deudor, sin perjuicio de que aquel pueda oponer el beneficio de excusión (art. 1880 CC). Por lo tanto, el vencimiento de la obligación (y, por tanto, el solo retraso si el deudor no paga la deuda) genera la responsabilidad del fiador, sin que para ello sea necesaria una interpelación previa por parte del acreedor al deudor principal.

<sup>34</sup> Véase p.34, *infra*.

incumplimiento jurídicamente relevante a partir de la interpelación), a través de la enorme influencia ejercida por la codificación francesa<sup>35</sup>.

Solo en los casos en los que la *mora* opere “automáticamente” (es decir, con el solo vencimiento de la obligación)<sup>36</sup>, esta surgirá junto al *retraso*, atribuyéndole todos los efectos contenidos en el art. 1336 CC.

## **2.2. Presupuestos de la mora**

### **2.2.1. Retraso en el cumplimiento**

La *mora*, como institución jurídica de origen romano, consistía en hacer responder al deudor por el incumplimiento de una obligación generado por un retardo en su ejecución. Así pues, para que exista *mora*, es necesario un previo *retraso*, y para que se configure este último, debemos estar ante una obligación válida cuyo tiempo de cumplimiento se ha dejado pasar sin hacerlo. En palabras de OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, “nunca habrá *mora* sin la preexistencia de una obligación, independientemente de la fuente que le haya dado nacimiento. De esta forma, puede afirmarse que el primer presupuesto material u objetivo de responsabilidad civil es precisamente el incumplimiento de una obligación ya existente. Por eso dentro de la vida de la obligación no podría hablarse de *mora* antes de que exista incumplimiento”<sup>37</sup>.

Sin embargo, el *retraso* como tipo de incumplimiento, sirve como un factor para desencadenar los efectos de la *mora* porque tiene unas especiales características.

En ese sentido, resulta relevante exponer brevemente la tradicional clasificación del incumplimiento obligacional, en virtud de la posibilidad o no de ejecución posterior de la prestación<sup>38</sup>:

---

<sup>35</sup> Con relación al CC de 1852, LUNA VICTORIA LEÓN, “Código civil...”, cit., p. 82, señala que “por sobre todas las fuentes, el Código de 1852 se gestó bajo la fascinación de la Revolución Francesa”, cuya influencia “opera directamente a través del Código napoléonico”.

<sup>36</sup> Véase p. 27 y ss, *infra*.

<sup>37</sup> OSTERLING PARODI y CASTILLO FREIRE, “La *mora*”, cit., p. 45.

<sup>38</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 100.

- (i) se habla de *incumplimiento temporal* cuando el deudor no ejecuta la prestación obligatoria en el plazo estipulado, pero tal prestación es objetivamente posible de cumplir posteriormente y aún es de interés del acreedor;
- (ii) se habla de *incumplimiento por defecto o cumplimiento defectuoso* cuando el deudor ejecutó su prestación, pero de una forma distinta a lo acordado contractualmente, perviviendo la posibilidad de modificar y adecuar su prestación obligatoria, a fin de no defraudar el fin contractual; y,
- (iii) se habla de *incumplimiento definitivo* cuando el deudor no ejecuta la prestación debida, quedando frustrada toda posibilidad de ejecución posterior, ya sea por ser inviable fácticamente o porque ya no es de interés del acreedor<sup>39</sup>.

Dentro de esta clasificación, el *retraso* se ha situado tradicionalmente en el primer grupo referido, ya que la doctrina lo ha caracterizado como una *inejecución total*, distinguiéndolo de aquellos *cumplimientos defectuosos o parciales*, donde si bien existe ejecución, esta se ha llevado a cabo incorrectamente. En el *retraso*, por su parte, no habría ejecución alguna (ni buena, ni mala)<sup>40</sup>.

Sin embargo, otro sector de la doctrina ha dicho, con acierto, que lo relevante del retraso como tipo de incumplimiento no es si ha habido ejecución defectuosa, parcial o si simplemente no la hubo en absoluto. Lo principal del *retraso* es que, pese a la contravención de la obligación, *aun pervivan posibilidades y exista una incertidumbre de un futuro cumplimiento*<sup>41</sup>. En ese sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ sentencia que “[l]a mora del deudor rige para los

---

<sup>39</sup> Enseña TORRES VÁSQUEZ, A., *Teoría general de las obligaciones*, vol. 2, Instituto Pacífico, Lima, 2014, pp. 1095-1096, que los supuestos de incumplimiento definitivo son: (i) la imposibilidad sobrevenida de la prestación; (ii) la imposibilidad temporal que persiste hasta que el deudor de acuerdo con el título de la obligación a ejecutarla, o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil (art. 1316); (iii) la voluntad inequívoca del deudor de no cumplir; la violación de la obligación de no hacer; y, (iv) la falta de obtención del resultado en las obligaciones de resultado. Todos ellos tendrán como remedio principal la *resolución del contrato* y no la mora.

<sup>40</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 187.

<sup>41</sup> En ese sentido, TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1095 distingue a la mora (que implica retardo o demora) del incumplimiento definitivo (lo que él llama impropriamente “incumplimiento”), en el hecho de que este último supone una “inejecución definitiva, absoluta de la prestación, extinguiéndose así la obligación”.

incumplimientos temporales o no definitivos, lo que no quiere decir que solo se integren en este grupo los retrasos [entendidos como “inejecuciones totales”] susceptibles de cumplimiento posterior, sino *todas aquellas infracciones obligacionales que se caractericen por esta situación de posible cumplimiento futuro*<sup>42</sup>.

A partir de lo anterior, se puede delimitar la estructura del retraso como tipo de incumplimiento, con los siguientes elementos<sup>43</sup>:

- (i) Llegada del tiempo o la oportunidad de debido cumplimiento de la obligación;
- (ii) ausencia de cumplimiento (por inejecución total o por ejecución parcial o defectuosa) como conducta configuradora;
- (iii) *viabilidad* de satisfacción posterior del acreedor; e,
- (iv) *incertidumbre* sobre si habrá o no cumplimiento posterior.

¿Cuándo ha de considerarse que ha llegado el *tiempo de debido cumplimiento*? Cuando la deuda este vencida y sea exigible. Tal y como lo explica MOISETT DE ESPANÉS<sup>44</sup>. En sus términos, “[s]i la obligación tuviese una causa ilícita (por ejemplo, las deudas de juegos prohibidos), no sería válida, ni exigible y, en consecuencia, no podría existir respecto a ella la situación de mora”.

Ahora bien, tanto la llegada del tiempo de debido cumplimiento como la ausencia de ejecución prestacional son elementos presentes en *todo tipo de incumplimiento*. Sin embargo, lo que caracteriza específicamente al retraso es que, pese a la contravención inicial, aún es *posible* un cumplimiento futuro (porque es viable fácticamente y porque aún le interesa al acreedor), aunque exista una *incertidumbre* sobre la llegada final del cumplimiento.

---

<sup>42</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora...*, cit., p. 422.

<sup>43</sup> Cfr. HERRADA BAZÁN, V., “Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias)”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, n. 1, 2017, p. 46.

<sup>44</sup> MOISETT DE ESPANÉS, L., “La mora en el Código Civil peruano de 1984”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 49, n. 2, 1996, p. 646.

En particular, sobre la *incertidumbre* en el cumplimiento posterior, se ha dicho que, si tal no existe porque o bien el objeto de la prestación ha devenido absolutamente imposible, o bien un incumplimiento tardío no satisfaría el interés del acreedor, el retraso deberá configurarse como *incumplimiento definitivo* y no como temporal<sup>45</sup>. Sin embargo, que la prestación sea imposible o que un cumplimiento tardío no satisfaga el interés del acreedor constituye más la ausencia de *posibilidad* o *viabilidad* que la de una *incertidumbre*. Es mejor entender este elemento en los casos en que, pese a existir posibilidades fácticas o jurídicas de cumplir tardíamente, la incertidumbre desaparece por la misma conducta del deudor<sup>46</sup>.

Por ejemplo, si llega el día en que el deudor debía cumplir y este no ejecuta la prestación, puede pervivir tanto la posibilidad de cumplimiento futuro como la incertidumbre de que así llegue a suceder, configurándose un retraso. Pero si el deudor, además, comunica seriamente al acreedor que *no va a cumplir*, la incertidumbre desaparece y, por ende, el *incumplimiento temporal* (es decir, el retraso) pasa a ser un *incumplimiento definitivo*.

En atención a todo lo anterior, se concluye que la mora, como sistema de responsabilidad agravada, requiere de un retraso en el cumplimiento de una obligación *vencida* y *exigible*, esto es, de una contravención en la que perviva la *posibilidad* y la *incertidumbre* de una ejecución posterior.

### **2.2.2. Imputación del retraso al deudor: la culpa**

Como se ha explicado, el retraso se configura a través de una ausencia de cumplimiento en el tiempo debido, en la que aún pervive la posibilidad y la incertidumbre de una futura ejecución prestacional. Ahora bien, dado que la mora constituye un sistema de agravación de la responsabilidad del deudor por el retraso en el cumplimiento, es evidente que tal retraso ha de ser *imputable al deudor* para que pueda ser objeto de mora. La interrogante surge cuando ha de cuestionarse sobre cuál es el título de imputación del deudor moratorio.

---

<sup>45</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora...*, cit., pp. 427 y 428.

<sup>46</sup> Cfr. HERRADA BAZÁN, “Incumplimiento...”, cit., p. 46, nota al pie 80.

Al respecto, OSTERLING y CASTILLO indican que el sistema peruano requiere culpa o dolo del deudor para poder ser constituido en mora. En sus términos, “[s]i en lo que respecta a la responsabilidad objetiva se cuestiona la vigencia de la vieja frase del Derecho Francés “no hay responsabilidad sin culpa” (*pas de responsabilité sans faute*), no se podría aplicar este cuestionamiento a la situación de mora. Ello obedece a que el retraso –para ser moratorio- debe ser necesariamente culposo o doloso, lo que significa que tiene que haber culpa o dolo en el sujeto que queda constituido en mora, ya sea deudor o acreedor, salvo casos excepcionales de la mora objetiva”<sup>47</sup>.

De hecho, es lo que parece deducirse de nuestro texto vigente. El art. 1336 CC establece que el deudor constituido en mora, responde de los daños que irroge por el retraso. Sin embargo, aquel puede sustraer de esta responsabilidad *cuando ha incurrido en retraso sin culpa*.

Esto se condice con lo establecido a nivel general en los arts. 1314 y 1317 CC. El primero establece que “quien actúa con la *diligencia ordinaria* no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”, lo que, en sentido contrario, significa que aquel que actúe negligentemente (esto es, con culpa<sup>48</sup>) siempre será responsable por los daños derivados de su incumplimiento. Por su parte, la segunda norma señala que el deudor no responderá por los daños “por causas no imputables”, norma que cierra el ámbito de inimputabilidad del deudor.

De lo anterior, puede sustentarse que la responsabilidad civil peruana en materia de incumplimiento de obligaciones, adopta un sistema subjetivo de imputación<sup>49</sup>, esto es, el deudor *solo será responsable por los daños cuando su incumplimiento se deba a dolo o culpa*. No será

---

<sup>47</sup> OSTERLING PARODI y CASTILLO FREIRE, “La mora”, cit., p. 49.

<sup>48</sup> BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Madrid, 1987, p. 246 identifica la *falta de diligencia o negligencia con la culpa en el cumplimiento de obligaciones*.

<sup>49</sup> Cfr. OSTERLING PARODI, F. *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*, en SOTO COAGUILA, A. (Dir.) Vol. 1, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 451.

responsable, por el contrario, si ha actuado con la diligencia ordinaria requerida (art. 1314 CC) ni, mucho menos, por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1315 CC).

Esto, aplicado a la mora, supone que el retraso sin culpa le permite al deudor sustraerse de la responsabilidad agravada de la mora<sup>50</sup>. Por lo tanto, no existirá mora si el deudor ha actuado diligentemente y, por causas ajenas a él, se ha producido el retraso en la ejecución de la prestación.

### 2.2.3 La interpelación como regla general

Desde antaño, en el Derecho de obligaciones, se ha previsto la existencia de dos sistemas o modos para la constitución en mora del deudor. La mora *ex persona* o por interpelación, la cual requiere que el acreedor requiera del pago al deudor para que se generen los efectos moratorios; y la mora *ex re*, mora automática o, también llamada, mora *por la naturaleza de las cosas*, en donde la situación de mora se verifica con el solo paso del tiempo (con el vencimiento), sin que sea necesario acto alguno por parte del acreedor.

Estos dos sistemas han generado diversas posturas. Algunas voces han defendido lo conveniente de un sistema de mora automática, al considerar inútil la intimación del acreedor debido a que el deudor sabe que debe cumplir con su obligación desde que se vincula a ésta, resultando en ese sentido innecesario “un recordatorio” por parte del acreedor<sup>51</sup>. Por otro lado, tenemos a los defensores de la mora *ex persona*, quienes consideran que ésta se sustenta en el principio *favor debitoris*, pues se supone que si el acreedor no requiere el pago del deudor es porque la demora en el cumplimiento del mismo no le irroga daño<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Cfr. MOISETT DE ESPANÉS, “La mora...”, cit., p. 646.

<sup>51</sup> En ese sentido, MOISETT DE ESPANÉS, “La mora...”, cit., p. 650, para quien “los cambios que la realidad económica actual ha introducido en el mundo moderno hacen aconsejable sustituir este sistema [el de la mora *ex persona*] por el de la mora automática para las obligaciones a plazo determinado [...]”. En este caso, para el autor, “resulta superflua la exigencia de requisitos formales, porque el deudor conoce exactamente el momento en que debe cumplir la prestación, a lo que debe agregarse que ésta es la solución que prevalece en el Derecho Comparado y reconoce como antecedentes el Derecho Romano y las Leyes de Partida”.

<sup>52</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1103.

Como se ha explicado<sup>53</sup>, se puede afirmar que nuestro ordenamiento ha acogido el rol soberano que POTHIER le asignó a la interpelación, en materia de *indemnización por daños*. En otras palabras, en el Perú, en materia de incumplimientos temporales (no definitivos), solo se debe el resarcimiento por daños a partir de la constitución en mora, por lo que no basta, para ello, el simple retraso. Para verificar esta constitución, en el Derecho civil<sup>54</sup>, la regla general es la interpelación del acreedor al deudor (*mora ex persona*)<sup>55</sup>.

A partir de lo anterior, es entendible la conclusión de que, si el acreedor no interpela, se asume que el retraso no le irroga daño.

### **2.2.3.1. Finalidad y requisitos de la interpelación**

Sobre la interpelación al deudor, se ha dicho que su finalidad inmediata es la constitución en mora del deudor y, como finalidad mediata, la exigencia al deudor del cumplimiento de la prestación debida. Ello porque si bien el acreedor siempre tendrá como prioridad que el deudor cumpla con la obligación debida, el primer efecto que generará al interpellarlo oportunamente será el constituirlo en mora<sup>56</sup>.

Es opinión común decir que la interpelación es un acto jurídico unilateral y recepticio<sup>57</sup>, el cual deberá reunir una serie de requisitos, divididos por la doctrina como *intrínsecos* y *extrínsecos*<sup>58</sup>:

Son requisitos *intrínsecos* que la exigencia sea categórica, inequívoca y coercitiva de pago<sup>59</sup>; que sea apropiada (que cumpla con la prestación debida, y no otra); y, que sea factible

---

<sup>53</sup> Véase p. 12, *supra*.

<sup>54</sup> Como se verá en p. 36, *infra*, en el ordenamiento mercantil la regla es distinta.

<sup>55</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1106.

<sup>56</sup> Cfr. OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE. “La mora”, cit., p. 51.

<sup>57</sup> TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1107 señala que la intimación es unilateral porque requiere solamente de la manifestación de voluntad del acreedor; y recepticia, porque para que produzca sus efectos, debe llegar, en forma indubitable a conocimiento del deudor.

<sup>58</sup> Así los distingue Alterini y otros, citados por TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1107. Coinciden en ello OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE. “La mora”, cit., p. 52, quienes señalan que la intimación en mora debe reunir una serie de condiciones que pueden ser clasificadas en intrínsecas a la interpelación misma, o extrínsecas a ella.

<sup>59</sup> Se considera importante que, al momento de intimar al deudor, se le advierta que en caso no cumpla con la obligación, se le exigirá forzosamente o se optará por la resolución, incluyendo la resolución por daños y perjuicios.

(el requerimiento no ha de ser intempestivo, sino en un tiempo que le permita al deudor cumplir).

Por su parte, son requisitos *extrínsecos* de la intimación que, en el momento de interpelar, el acreedor preste su colaboración para que el deudor pueda ejecutar su prestación; y, en las obligaciones recíprocas, que el acreedor haya cumplido u ofrezca cumplir con la prestación que le concierne.

La mayor parte de nuestra doctrina plantea que si el acreedor no intima a su deudor, este podrá presumir un grado de tolerancia en el cumplimiento de la obligación a su favor<sup>60</sup>. De hecho, para CASTILLO y OSTERLING<sup>61</sup>, la intimación implica, entre otras funciones, la ausencia de tolerancia en cuanto a la espera previa, pero no en cuanto a la espera en términos absolutos, pues el acreedor que intima a su deudor, precisamente esperará que dicho deudor cumpla con la prestación debida en los días siguientes. Esto supone –en opinión de los citados– que la intimación o requerimiento conlleva una segunda etapa, en la que existe una nueva tolerancia, a través de la cual, el acreedor esperará que dentro del plazo ya vencido el deudor cumpla con ejecutar el pago.

### **2.2.3.2. Forma de la interpelación**

En cuanto a la forma de interpelar al deudor, se conocen dos formas clásicas: la judicial y la extrajudicial. Así, el art. 1333 CC establece que el deudor incurrirá en mora desde que su acreedor le exija *judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación*.

---

<sup>60</sup> Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, J., *Introducción al Derecho de las obligaciones*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 266, quien, citando a Trimarchi, explica que “el retardo implica una presunción de tolerancia del acreedor. Sin embargo, esta presunción y la correlativa necesidad de constitución en mora derivan de un principio de favor para el deudor, que proviene de otros tiempos; principio inicialmente no acogido en el campo de las relaciones comerciales y, después de la unificación del derecho civil y comercial, progresivamente limitado en todo el sector del derecho privado, con una adecuación a los tiempos, en los cuales la posibilidad de una utilización fructífera del dinero estaba abierta a la generalidad de los ciudadanos. Esta consideración justifica una aplicación restrictiva del formalismo de la constitución en mora; por ello, se comparte, la constante orientación jurisprudencial (italiana) que admite la resolución del contrato cuando el retardo sea insostenible, aunque haya faltado una preventiva constitución en mora”.

<sup>61</sup> Cfr. OSTERLING y CASTILLO, “La mora”, cit., p. 52.

La *interpelación judicial* implica necesariamente la presentación de una demanda en sede judicial por parte del acreedor contra su deudor. No existe en el Derecho civil peruano un procedimiento especial para interpelar fuera del proceso<sup>62</sup>.

Ahora bien, si la interpelación se configura a través de una demanda judicial, ¿qué pasa si esta última contiene vicios en sus requisitos esenciales? Algunos autores manifiestan que, dado que con la interpelación se genera un requerimiento de pago por parte del acreedor, una demanda con vicios no servirá como interpelación judicial pero sí como una extrajudicial<sup>63</sup>. Sin embargo, sí es relevante para ello que el vicio que arrastre la demanda no sea de fondo –tal como, realizar la interpelación sobre una obligación no vencida– y que el deudor, a través de la notificación de la misma, haya tomado conocimiento del interés del acreedor de exigirle el cumplimiento de la obligación.

Por otro lado, la interpelación extrajudicial no requiere de una forma particular, entendiéndose que podría incluso ser hasta verbal<sup>64</sup>. Por tanto, cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo, podría ser suficiente para interpelar al deudor, incluso si se otorga fe pública en la notificación como se da, hoy en día, mediante la entrega de comunicaciones con diligencia notarial<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> A diferencia del ordenamiento mercantil, en donde el art. 63 CdC establece como vía extrajudicial la intimación de protesta de daños y perjuicios ante un notario público.

Por su parte, OSTERLING PARODI, F., “La mora del deudor”, en *THEMIS Revista de Derecho*, n. 8, 1987, p. 58 señala que otras legislaciones son más severas. Así la jurisprudencia francesa acepta que una carta certificada basta para poner en mora al deudor, siempre que las partes hubiesen convenido por adelantado que produciría tal efecto.

<sup>63</sup> Así lo expresa PALACIO PIMENTEL, *Las obligaciones...*, cit., p. 509, al señalar que, si se produjera la nulidad de la notificación, siempre valdrá ésta como interpelación extrajudicial. Asimismo, OSTERLING PARODI, “La mora...”; cit., p. 58, al señalar que la notificación judicial llevaría a conocimiento del deudor la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación, reuniendo, en todo caso, los caracteres de una interpelación extrajudicial capaz de constituir en mora.

<sup>64</sup> Sin embargo, la interpelación verbal, si bien es admitida como una forma de interpelar extrajudicialmente, la doctrina mayoritaria considera poco prudente para los intereses del acreedor debido a su poca fuerza probatoria. Por ello, se recomienda que la interpelación extrajudicial se realice a través de un medio escrito o electrónico que pueda por sí mismo –y no a través de testimonios– ser evidente y contundente ante cualquier circunstancia. Así lo señalan TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1108; OSTERLING PARODI, “La mora...”; cit., p. 58.

<sup>65</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1108

### 2.2.3.3. Excepciones a la regla general

A la regla general de mora *ex persona*, el propio art. 1333 CC le establece algunas excepciones a partir de las cuales, la mora opera automáticamente o, en los términos del propio CC, “[n]o es necesaria la intimación para que la mora exista”:

- (a) cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente;
- (b) cuando de la naturaleza o circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien o practicarse el servicio, hubiese sido determinante para contraerla;
- (c) cuando el deudor manifiesta por escrito su negativa a cumplir la obligación; o,
- (d) cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

Las dos primeras excepciones estuvieron consignadas en los dos incisos del art. 1254 CC de 1936. La tercera se extrajo del art. 1219 inc. 2 CC italiano. Finalmente, la cuarta excepción fue una completa creación del legislador peruano de 1984<sup>66</sup>.

#### (a) La mora será automática cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente

Se trata del supuesto más representativo de la mora automática, además de ser el más empleado por las partes en una relación obligacional. En este caso, sea por acuerdo entre las partes o por imperio de la ley, se establece que el solo vencimiento de la obligación (la llegada del tiempo de cumplimiento) genera la situación de mora en el deudor<sup>67</sup>, o, en términos antiguos, *dies interpellat pro homine* (“el término interpela en lugar del hombre”)<sup>68</sup>.

Cuando la mora se origina *ex lege*, es la propia la ley la que constituye al deudor en mora, sin necesidad de interpelación previa: la mora se produce por el solo vencimiento del plazo<sup>69</sup>. Por ejemplo, en el art. 427 CC se establece que los padres, al terminar el ejercicio de

<sup>66</sup> Cfr. OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, “La mora”, cit., p. 55.

<sup>67</sup> Cfr. OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, “La mora”, cit., p. 55

<sup>68</sup> Como se explicó en p. 11, *supra*, la máxima *dies interpellat pro homine* surgió en el Derecho común, donde, con base en la interpretación de los textos romanos, se estableció que la interpelación era requisito esencial de la mora, sea por acto del acreedor o por el solo paso del tiempo. Se considera que Baldo fue el primer glosador en enunciar dicha máxima, con base en un texto de Justiniano (C.8.37.12). Cfr. ZIMMERMANN, *The law...*, cit., p. 798.

<sup>69</sup> Cfr. PALACIO PIMENTEL, *Las obligaciones...*, cit., p. 512

la patria potestad, deben dar cuenta de la administración de los bienes de sus hijos. Si la cuenta final arroja un saldo en contra de los padres, éstos estarán obligados solidariamente a pagar los intereses legales que se devenguen desde un mes después de la terminación de la patria potestad (*ex art. 430 CC*), *sin necesidad de intimación judicial o extrajudicial*<sup>70</sup>.

Otro caso de mora *ex lege* se aprecia del art. 909 CC. En esta norma, se atribuye al poseedor de mala fe todos los riesgos sobrevenidos durante su posesión (el efecto *perpetuatio obligationis*). Por tal motivo, este poseedor responde por la pérdida o detrimento del bien, aun por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que tal pérdida se hubiese producido incluso cuando el bien hubiera estado en poder de su titular. La norma, en todo caso, no requiere que el poseedor de mala fe haya sido interpelado previamente.

Por otro lado, cuando la mora automática se origina del contrato, hablamos de *mora convencional*. Aquí, las partes pactan, en virtud de su autonomía privada, desde qué momento empieza a regir la mora en caso de incumplimiento del deudor, sin necesidad de que exista una interpelación de por medio. PALACIO PIMENTEL propone el siguiente ejemplo de cláusula que establece la mora automática en un contrato de compraventa:

*“Que el comprador pagará el precio dentro de noventa días, computados a partir de la perfección del contrato por escritura pública, y de no hacerlo quedaría automáticamente constituido en mora. Pasados esos noventa días, si no pagó el precio el comprador, será reputado como deudor moroso, no obstante no habersele ya interpelado”*<sup>71</sup>.

Para TORRES VÁSQUEZ, la mora automática por acuerdo entre las partes se ha convertido en regla general en la práctica, pues es algo que se suele incluir en los contratos como cláusulas de estilo<sup>72</sup>. Sin embargo, ha de precisarse que esta práctica se ve, principalmente, en contratos mercantiles, donde –hay que decirlo– las partes suelen ignorar la vigencia del art. 63 CdC que

---

<sup>70</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., pp. 1108 y 1109.

<sup>71</sup> PALACIO PIMENTEL, *Las obligaciones...*, cit., p. 511.

<sup>72</sup> TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1109.

ya establece la mora automática para este tipo de contratos<sup>73</sup>. En tal sentido, puede afirmarse que la inclusión de cláusulas de mora automática en contratos mercantiles, en la mayor parte de los casos, resultaría inútil a nivel jurídico, aunque sí sirve en términos fácticos, ya que muchos jueces desconocen también la vigencia del referido art. 63 CdC<sup>74</sup>.

**(b) La mora automática derivada de la naturaleza o circunstancia de la obligación**

En este caso, desempeña un papel importante la interpretación que se le dé al contenido de la obligación, pues habrá de analizarse la naturaleza y circunstancias que rodean su constitución y cumplimiento. De dicha interpretación, debe concluirse que el tiempo en que debe cumplirse la obligación es *determinante* o *urgente* para el acreedor, aunque el cumplimiento tardío no deja de ser útil<sup>75</sup>.

Su fundamento, radica en la interpretación de la voluntad de las partes, pues se considera que estas han entendido que, por la fuerza de la naturaleza de la obligación, el pago en el momento oportuno era tan importante que su omisión debía llevar aparejada la responsabilidad del deudor. Por tal razón, se suele decir que hay en este sentido, una estipulación tácita de mora automática, sin que en realidad exista, naturalmente<sup>76</sup>. De la naturaleza y circunstancia propias de la obligación, resulta que las partes han querido (tácitamente) que se cumpla con la prestación debida indefectiblemente en la época designada, sin necesidad de intimación alguna. El deudor, desde el momento de la constitución de la obligación, ha debido conocer o estar en la posibilidad de conocer que la falta de ejecución de la prestación, dentro del término establecido, perjudicará al acreedor<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Véase p.33, *infra*.

<sup>74</sup> Una prueba de ello es la Casación N° 2533-2013-Lima, donde ni las sentencias de primera y segunda instancia, ni la propia resolución de Casación reconocieron la aplicación de mora automática en un contrato mercantil, bajo el art. 63 CdC. Por el contrario, consideraron que la mora solo se originaba a partir de la interpelación (según el art. 1333 CC), ya que el contrato no establecía nada distinto. Bajo ese razonamiento, se denegó más de USD 25,000.00 (veinticinco mil dólares americanos) en intereses moratorios al acreedor.

<sup>75</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1110.

<sup>76</sup> Cfr. OSTERLING PARODI, *Tratado...*, cit., p. 421.

<sup>77</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1110.

DE PABLO CONTRERAS propone los siguientes ejemplos: “la nueva iluminación del campo de fútbol, cuya instalación se había contratado para el inicio de la Liga, se retrasa a la cuarta jornada; o la cosechadora comprada para la siguiente y sucesivas campañas agrícolas, se entrega una vez terminado el tiempo de la primera cosecha”<sup>78</sup>.

Por su parte, TORRES VÁSQUEZ propone el siguiente ejemplo: “la compra de un televisor para ver la final de un mundial de fútbol, pero no es entregado en esa fecha. En este caso, si bien el comprador no pudo ver el partido final del mundial de fútbol que lo determinó a hacer la compra, la prestación sigue siendo posible y útil para el acreedor, por lo que el deudor queda automáticamente constituido en mora, por falta de entrega en el término, debiendo asumir sus consecuencias”<sup>79</sup>.

Para que se produzca este tipo de mora se debe presentar, en primer lugar, la situación en la que el deudor debe tener conocimiento de la importancia que reviste el pago puntual de la prestación para el acreedor. Si no fuera de esta manera, fallaría el consentimiento del deudor, tácitamente prestado, para someter este aspecto de la obligación a un régimen más riguroso que es el referente a la mora<sup>80</sup>.

En segundo lugar, el conocimiento referido ha de ser contemporáneo a la constitución de la obligación. Desde su nacimiento, la obligación está sujeta a un régimen uniforme que no puede ser variado por voluntad de una sola parte<sup>81</sup>.

Ahora bien, un sector de la doctrina ha dicho que la mora automática aquí explicada supone un caso de *plazo o término esencial*, es decir, con determinación perentoria del tiempo de cumplimiento<sup>82</sup>. Sin embargo, también se ha dicho que el plazo o término esencial es un supuesto en el cual el incumplimiento del deudor en el tiempo pactado se hace *definitivo*, por

---

<sup>78</sup> DE PABLO CONTRERAS P., “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2008, p. 201.

<sup>79</sup> TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1110.

<sup>80</sup> Cfr. OSTERLING PARODI, *Tratado...*, cit., p. 421.

<sup>81</sup> Cfr. OSTERLING PARODI, *Tratado...*, cit., p. 421.

<sup>82</sup> Según Cazeaux y Trigo Represas, citados por OSTERLING PARODI, *Tratado...*, cit., p. 421. Para aquellos autores, en estos supuestos la mora surge de la propia modalidad de la obligación, sin necesidad de una interpelación especial.

cuanto al acreedor no le interesa, en absoluto, un cumplimiento tardío o más allá del plazo pactado. Por tal motivo, se concluye que en un contrato en el que se ha acordado un plazo o término esencial, el incumplimiento no genera mora, sino que facultad al acreedor a pretender la *resolución por incumplimiento*<sup>83</sup>.

Como explica OSTERLING PARODI, cuando se contrata una limosina para que transporte a la novia a la iglesia a una hora determinada y aquella no cumple, se entiende que el tiempo era esencial. Por tal motivo, no habrá *retraso* por parte de la limosina, sino un incumplimiento definitivo. Por ello, no habrá mora del deudor, sino la posibilidad de *extinguir o resolver el contrato*<sup>84</sup>.

### **(c) La mora automática derivada de la manifestación negativa del deudor para cumplir con su obligación**

Se trata de una excepción transcrita totalmente del art. 1219 inc. 2 CC italiano<sup>85</sup>. La mora surge automáticamente cuando el deudor manifiesta que no cumplirá con la prestación debida, razón por la cual se entiende que el requerimiento de pago por parte del acreedor sería inútil<sup>86</sup>.

Para OSTERLING PARODI, si el deudor manifiesta su negativa *antes del vencimiento de la obligación*, no podrá hablarse ni de incumplimiento ni mucho menos de mora. Ello porque, como se ha explicado, para hablar de mora, es presupuesto necesario que la obligación esté vencida y sea exigible. Así, para este autor, es posible que el deudor, llegado el día de cumplimiento, cambie de parecer y proceda con el pago<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Cfr. INFANTE RUIZ, F. J., *Contrato y término esencial*, La Ley, Madrid, 2008, p. 70; DE PABLO CONTRERAS, "Incumplimiento...", cit., p. 200.

<sup>84</sup> OSTERLING PARODI, *Tratado...*, cit., pp. 422 y 423. Para sustentar su idea, el autor propone como ejemplo el de un banco que contrata a un pintor de nota para la elaboración de un óleo con el rostro del fundador de la institución, a ser colocado en el hall principal y develado el día de la inauguración de su nueva sede central. Si el deudor incumple con entregarlo en fecha oportuna, el banco seguiría interesado en obtener el cuadro, pues más allá de no haber podido inaugurar el edificio exponiéndolo, será importante colocarlo, aunque sea posteriormente, para rendir permanente homenaje a quien tuvo la visión de fundar esta institución.

<sup>85</sup> Art. 1219, inc. 2 CC italiano: «*Non è necessaria la costituzione in mora: [...] 2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione*».

<sup>86</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1111, citando a Messineo.

<sup>87</sup> OSTERLING PARODI, *Tratado...*, cit., p. 424.

Sin embargo, se trata de una postura que se opone totalmente a lo que una doctrina autorizada ha propuesto con relación a la negativa anticipada de cumplir por parte del deudor. En efecto, para DÍEZ-PICAZO, la negativa anticipada de cumplimiento puede asimilarse a un incumplimiento; y no solo eso: puede asimilarse a un *incumplimiento definitivo* y, por lo tanto, no generar mora sino la *resolución del contrato*, lo cual constituye una medida aún más radical<sup>88</sup>. Y es que se entiende que una negativa del deudor no hace creer que va a cumplir más tarde (que sería el supuesto de la mora), sino sencillamente que *no va a cumplir*. Como lo mencionamos con anterioridad, en este caso no existe la incertidumbre de cumplimiento posterior que caracteriza a todo retraso, por tanto esto no genera mora sino incumplimiento definitivo.

De hecho, en otros ordenamientos como el alemán, se establece como supuesto de *incumplimiento resolutorio* (no de mora) que *el deudor se niegue seria y definitivamente al cumplimiento* (§ 323, 2º párr. BGB). Por estos motivos, resulta tan criticable que se haya importado este supuesto como uno de mora automática al ordenamiento peruano<sup>89</sup>.

**(d) Mora automática cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor**

Esta excepción se presenta en aquellos casos en los que la interpelación no se pueda realizar por responsabilidad del deudor. Según la doctrina peruana, los ejemplos más representativos de esta excepción son aquellos en los que el deudor se ausenta del domicilio conocido, sin saberse su paradero y sin habersele designado curador interino al tiempo del cumplimiento (art. 47 CC)<sup>90</sup>. También en el caso en el que el deudor ha fallecido y no se conoce quiénes son sus herederos<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 92. También en ese sentido CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 24.

<sup>89</sup> De hecho, en Italia, la propia doctrina ha cuestionado que la ley exija que la negativa deba realizarse *por escrito*. Por ejemplo, CANNATA, *L'inadempimento...*, cit., p. 87, cuestiona por qué la responsabilidad del deudor no puede surgir a partir de una negativa *verbal* de cumplimiento.

<sup>90</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1111.

<sup>91</sup> Cfr. OSTERLING PARODI, *Tratado...*, cit., p. 424.

Se ha dicho que este supuesto de mora automática reviste un grado de culpabilidad del deudor. En ese sentido, en el caso en que el deudor debía cumplir en su propio domicilio, para constituirse la mora, el acreedor deberá intentar previamente cobrarle allí. Si el deudor se ausenta de aquel domicilio, sería de aplicación lo pactado en el contrato, o lo prescrito en el art. 40 CC, en el sentido de que el cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable<sup>92</sup>.

Respecto al caso en el que el deudor ha fallecido sin dejar herederos, se deberá analizar detenidamente. Y es que la muerte no es un hecho imputable al deudor, salvo sea un suicidio, y es perfectamente comprensible que, si existiesen herederos, estos no tengan conocimiento de la obligación que tenía su causante.

Ahora, si bien la doctrina ha catalogado este supuesto como excepción a la mora interpelatoria, no resulta para efectos prácticos una mora automática. En este caso, para que exista mora, el acreedor se ve en la necesidad de intentar interpelar al deudor y, solo cuando no tenga éxito, recién se rectifican los efectos de la mora<sup>93</sup>.

#### **2.2.3.4. La mora automática en el Derecho mercantil**

El art. 63 CdC regula la mora en las obligaciones mercantiles. Esta norma establece expresamente:

*“Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán:*

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

---

<sup>92</sup> Cfr. OSTERLING PARODI, *Tratado...*, cit., pp. 424 y 425.

<sup>93</sup> OSTERLING PARODI, *Tratado...*, cit., p. 425.

Como se aprecia, el CdC establece como regla general algo contrario al art. 1333 CC, esto es, que la mora surge automáticamente con la llegada del día de cumplimiento, sin que para ello sea necesaria interpelación alguna. Eso sí, esto solo sucederá cuando *tal día de cumplimiento haya sido establecido por las partes o lo dicte la ley*.

### **2.3. Efectos de la mora**

El art. 1336 CC dispone que el deudor que se encuentre en mora *responde por los daños y perjuicios que genere su retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente por causas que no le son imputables*. Son estos los efectos jurídicos principales de la situación de mora del deudor.

#### **2.3.1. La atribución de los riesgos sobrevinidos al deudor**

El referido art. 1336 CC establece que el deudor constituido en mora responde por *la imposibilidad sobreviniente al retraso, aunque sea por causas que no le son imputables*. Este último efecto consagra la *perpetuatio obligationis*, la cual constituye la consecuencia jurídica más propia del fenómeno moratorio. Esta consiste en la exclusión de la liberación del deudor por la sobrevenida imposibilidad de la prestación, aun cuando se deba a un caso fortuito o fuerza mayor, siempre que tal situación se verifique tras haberse constituido en mora al deudor<sup>94</sup>.

Si la prestación deviene imposible una vez que se ha constituido en mora al deudor, se afirma que la obligación subsiste *transformada*: esto es, el deber de prestación originario muta a un deber de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados al acreedor en virtud del incumplimiento. Por ejemplo, si el bien perece a consecuencia de una inundación (caso fortuito) antes de que el deudor sea constituido en mora, este no es responsable por la pérdida; pero si ya estaba constituido en mora, el riesgo de pérdida del bien corre por su cuenta<sup>95</sup>.

La razón de esta especial responsabilidad del deudor se explica de la siguiente manera: “si hubiese cumplido puntualmente como era su deber, la sobrevenida imposibilidad,

---

<sup>94</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1121.

<sup>95</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1122.

encontrando la prestación ya ejecutada, hubiese sido sin efecto y no se habría verificado siquiera”. Por tanto, el riesgo debe ser soportado por el deudor moroso, al cual, si bien la imposibilidad no le es directamente imputable, sí le es imputable en causa: esto es en causa del retardo<sup>96</sup>.

Ahora bien, es importante indicar que el deudor se puede liberar de este efecto si es que prueba que el retraso no ha sido por su culpa o que la causa no imputable de imposibilidad sobrevenida habría afectado a la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente. Por ejemplo, un constructor es constituido en mora por no haber cumplido en la fecha pactada con la entrega de una vivienda aledaña a la Municipalidad. Con posterioridad a tal situación, la vivienda es afectada considerablemente por una explosión, producto de un atentado contra la Municipalidad. En tal situación, el deudor puede liberarse de la responsabilidad que le sería imputable a causa de la mora, si acredita que, aun cuando hubiera cumplido con la entrega oportuna de la vivienda, esta se habría visto afectada de igual modo por la explosión.

### **2.3.2. La indemnización por retraso**

El mencionado art. 1336 CC también prevé que el deudor moroso es responsable por los daños y perjuicios ocasionados por el retraso en el cumplimiento de su obligación. Como se ha explicado<sup>97</sup>, el ordenamiento peruano ha acogido la doctrina francesa según la cual un deudor solo es responsable del retraso verificado a partir de la constitución en mora. Ergo, se diluye toda relevancia jurídica del simple retraso o del retraso sin mora, en materia de indemnización de daños y perjuicios.

La indemnización de daños que se explica aquí tiene un fundamento distinto a la indemnización debida por la imposibilidad de la prestación sobreviniente a la mora. En este último caso, la indemnización “reemplaza” a la prestación originaria que ha devenido imposible, además de cualquier otro daño sufrido a causa de tal situación. En cambio, en el

---

<sup>96</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1122.

<sup>97</sup> Véase p.17, *supra*.

primer caso, no nos encontramos ante una imposibilidad de la prestación: esta aún es posible, porque se trata de un *retraso en el cumplimiento*<sup>98</sup>. La indemnización se debe por los daños que el propio retraso genera al patrimonio del acreedor.

En otras palabras, ante el caso de un retraso en el cumplimiento, el deudor moroso deberá la prestación originaria más la indemnización por los daños ocasionados al acreedor en virtud de tal incumplimiento. Por su parte, ante el caso de una imposibilidad de la prestación sobreviniente a la mora, la indemnización por daños sustituye a la prestación originaria e incluye cualquier otro daño sufrido por el acreedor<sup>99</sup>.

### 2.3.3. Los intereses moratorios

Las obligaciones pecuniarias tienen un tratamiento particular en materia de indemnización por daños, debido a la especial naturaleza de su objeto: el dinero. Se trata es un régimen especial, por cuanto el acreedor afectado por la mora de su deudor en este tipo de obligaciones *no tiene necesidad ni de cuantificar ni de acreditar el daño* –lo que supone una excepción a la regla general–, ya que la ley presume su existencia<sup>100</sup>. Se trata de una forma de liquidación defendida desde hace muchos años y que se sustenta en las dificultades probatorias que en cada caso supone demostrar el uso específico que se habría dado al dinero si se hubiera recibido a tiempo. Ante tal situación, POTHIER explicaba que lo razonable fue fijar una tasa de interés, aplicable a todos los casos, salvo que las partes hubieran previsto otra forma de liquidar el daño<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> Que, como se ha dicho en este trabajo, implica un incumplimiento en el que aún es posible e incierta una futura ejecución de la prestación. Véase p. 21, *supra*.

<sup>99</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1121.

<sup>100</sup> Cfr. RUIZ-RICO RUIZ, J., “Comentario al artículo 1.108”, en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1989, p. 755.

<sup>101</sup> Dice POTHIER, *Traité...*, cit., n. 170 (traducción de HERRADA BAZÁN, *La mora...*, cit., Cap. 2, n. III): “Como los diferentes daños y perjuicios que pueden resultar del retraso en el cumplimiento de este tipo de obligación varían al infinito, y es tan difícil preverlos como justificarlos, ha sido necesario reglarlos como por una especie, de un tanto alzado a un tanto fijo. Es lo que se hace cuando se fijan los intereses de la suma debida a la tasa de la ordenanza. Estos intereses comienzan a correr contra el deudor, desde el día en que ha sido interpelado, hasta el pago, porque es el precio común del provecho legítimo que el acreedor habría podido retirar de la suma que le era debida, si le hubiera sido pagada”.

Más modernamente se ha hablado de la *productividad natural del dinero*<sup>102</sup>, ya que se entiende que este objeto, por ser el instrumento universal de cambio, siempre produce “frutos” o intereses y, por tanto, el solo retraso en su entrega priva al acreedor de disponer de aquellos, causándole daño<sup>103</sup>.

Este tratamiento jurídico fue recibido, aunque en términos muy escuetos, por nuestro CC. El art. 1242, 2º párr. CC señala que el interés “es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago”. Vale decir que el interés no indemniza la mora, sino *el daño ocasionado por ella*<sup>104</sup>.

Para que surja la obligación de pagar intereses moratorios, es necesario que la deuda sea cierta y que se encuentre vencida e impaga. En ese sentido, a diferencia de otros ordenamientos<sup>105</sup>, no se requiere que la deuda sea líquida para que se produzcan los intereses de mora. El art. 1334 CC es claro cuando dispone que, en las obligaciones dinerarias cuyo monto requiera ser determinado por resolución judicial, hay mora a partir de la fecha con la citación de la demanda. Esto es, la obligación devenga intereses moratorios antes de ser liquidada, lo que ocurrirá en ejecución de sentencia definitiva<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> Cfr. RUIZ-RICO RUIZ, “Comentario al artículo 1.108”, cit., p. 756.

<sup>103</sup> Cfr. DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. 2, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 676 y 677.

<sup>104</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 579.

<sup>105</sup> Como el español, en donde la jurisprudencia exige desde antaño que la deuda sea ilíquida, bajo el brocardo *in illiquidis non fit mora*. Véase DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. 2, pp. 668-672.

<sup>106</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 581.

### Capítulo 3

#### La mora del deudor en obligaciones negativas

##### 3.1. Introducción

Como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, la *mora* es una institución jurídica a través de la cual se agrava la responsabilidad del deudor, a causa de un retraso a él imputable en el cumplimiento de su obligación. A partir de la situación de mora, se le traslada al deudor los riesgos sobrevenidos de la prestación incumplida (*perpetuatio obligationis*), además de generarse la obligación de indemnizar daños y perjuicios al acreedor. Asimismo, se ha dicho que el *retraso* es un tipo de incumplimiento obligacional caracterizado por su provisionalidad, esto es, porque pese a la contravención, es posible e incierto un cumplimiento futuro de la obligación.

Con base en estos conceptos, muchos autores han planteado, a lo largo de varios años, la imposibilidad de que exista mora aplicable a las obligaciones negativas o, en sentido contrario, que solo es posible hablar de mora en las obligaciones de dar o de hacer. Sustentan esta postura, principalmente, en la idea de que la violación del deber de abstención por parte del deudor en una obligación negativa determina un incumplimiento *definitivo e irreversible*. Así pues, dado que la mora implica siempre un *incumplimiento temporal* del deudor, se entendería que, a falta de tal tipo de contravención en una obligación negativa, no puede haber mora.

En relación a lo anterior, también se ha dicho que, a partir de lo que expresamente dice la propia ley, no es admisible la mora en obligaciones negativas en el ordenamiento peruano. La postura se basa, principalmente, en que la ley omite mencionar a las obligaciones negativas cuando regula a la situación de mora del deudor (omisiones ubicadas en los arts. 1333 inc. 2 y 1160 CC).

Finalmente, se dice que resulta inútil hablar de mora en obligaciones de no hacer, tomándose como base el efecto más característico del régimen moratorio: el traslado de los

riesgos sobrevenidos al deudor. En ese sentido, se entiende imposible que, en una obligación negativa, el incumplimiento se deba a un caso fortuito o fuerza mayor. Así pues, si no puede alegarse un caso fortuito en este tipo de obligaciones, no tendría sentido hablar de un traslado de todos los riesgos sobrevenidos al deudor en virtud de una mora.

Con cargo a sustentar esta posición más adelante, opino que reconocer la figura de la mora para las obligaciones negativas no solo tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, sino, además, resulta útil, principalmente, para una aplicación justa de las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de este tipo de obligaciones.

Con el fin de dar un orden a mi explicación, esta se dividirá en cuatro partes. En la primera, describiré brevemente a las obligaciones negativas en cuanto a su concepto y su tipología dentro de la clasificación tradicional de obligaciones. En la segunda parte, analizaré críticamente cada una de las posturas que se oponen a la admisibilidad de la mora en obligaciones negativas, las cuales han sido divididas en tres subgrupos: razones fenomenológicas, razones legislativas y razones funcionales. En la tercera, sustentaré la posibilidad de aplicar analógicamente el régimen moratorio a las obligaciones negativas, dado el silencio que la ley guarda con relación al tema. Y, finalmente, en la cuarta parte, se expondrá qué utilidad tiene el reconocer la aplicabilidad de la mora en este tipo de obligaciones.

### **3.2 Las obligaciones negativas: concepto, consideraciones y tipología**

Las obligaciones negativas (también llamadas “obligaciones de no hacer”) son aquellas en las que el deudor se obliga a verificar 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<sup>107</sup>. En ese sentido, la doctrina ha aportado importantes *consideraciones*.

---

<sup>107</sup> Esta es la definición propuesta por FERRER DE SAN-SEGUNDO, M. J., *La obligación negativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 61. En ese mismo sentido, EGUSQUIZA BALMASEDA, M., *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 35.

### 3.2.1. Consideraciones sobre las obligaciones negativas

En primer lugar, se ha dicho que, en una obligación de no hacer, se incluye también a las obligaciones de no dar, en la medida en que el hecho de “no dar algo” ya implica un “no hacer algo”<sup>108</sup>. En mi opinión, es más pertinente emplear la denominación “obligación negativa”, ya que el contenido de la prestación del deudor no solo puede consistir en no realizar acto alguno (lo cual pone énfasis en una actitud activa), sino, además, en tolerar o permitir actos del acreedor (lo que enfatiza una actitud pasiva)<sup>109</sup>.

En segundo lugar, ha de señalarse que el acto al cual el deudor de una obligación negativa debe abstenerse ha de ser un acto lícito o uno que, conforme a las normas jurídicas comunes, el deudor habría tenido la facultad de realizar<sup>110</sup>. Por tal motivo, no puede ser objeto de una obligación negativa la prohibición de realizar un acto ilícito, ya que tal prohibición no se verifica a partir de la obligación contraída por el deudor, sino en virtud del propio ordenamiento jurídico.

Las obligaciones negativas tienen su fuente en la ley, en el pronunciamiento de un juez (como en las sentencias recaídas en interdictos de retener o de obra nueva, cuando el juez ordena la abstención de actos perturbadores de la posesión o la paralización de una obra ya iniciada) o en la propia autonomía privada. Los ejemplos más comunes son el de un deudor que se obliga a no llevar a cabo un negocio determinado por cierto tiempo, a no reeditar un libro o no levantar a un muro<sup>111</sup>.

Se ha dicho que las obligaciones negativas tienen cierta complejidad para ser apreciadas en la realidad. Y es que el hecho de que su objeto implica una conducta omisiva produce dificultad para ser distinguidas. Sin embargo, tal situación ha motivado a un sector de la

---

<sup>108</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 167.

<sup>109</sup> Cfr. PALACIO PIMENTEL, *Las obligaciones...*, cit., p. 108.

<sup>110</sup> Cfr. OSTERLING PARODI F. y CASTILLO FREIRE M., *Tratado de las obligaciones*, 1º parte, t. 2, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial, Lima, 1994, p. 278.

<sup>111</sup> Cfr. PALACIO PIMENTEL, *Las Obligaciones...*, cit., p. 108.

doctrina a plantear que el ordenamiento jurídico solo interviene cuando una obligación negativa ha sido *incumplida*.

Al respecto, se dice que mientras el deudor se abstenga de hacer lo que está prohibido o tolere que el acreedor realice una conducta determinada, la obligación permanece en la sombra, ya que no manifiesta su existencia. Por el contrario, solo cuando el deudor hace lo que no debería o se opone a aquello a lo que se había obligado a tolerar, la obligación adquiere relieve<sup>112</sup>.

A mi juicio, tal apreciación no es exacta o, al menos, ya no es suficiente en la actualidad. A la luz de las realidades verificadas en tiempos más recientes, se puede aceptar la idea de que el ordenamiento jurídico también interviene de forma determinante en la propia *configuración* de una obligación negativa (en su estructura) y no solo en su incumplimiento (en su eficacia). Ello porque, dependiendo del objeto sobre el que recae y de los sujetos que forman parte de la relación obligatoria, es posible que una determinada obligación afecte intereses públicos. Piénsese, por ejemplo, en los pactos de exclusiva o, en general, en aquellas obligaciones negativas que pueden llegar a afectar la libre competencia si se configura transgrediendo determinados límites impuestos por el ordenamiento. Es evidente, en estos casos, que la ley no solo actúa si este tipo de pactos se ha incumplido, sino también cuando la propia existencia de tales acuerdos genera afectaciones importantes al orden público<sup>113</sup>.

Finalmente se ha dicho que una obligación negativa es, característicamente, *intuitu personae*. Explica CASTILLO FREYRE que, la estructura de este tipo de obligaciones supone la no actuación de un *sujeto determinado*, razón por la cual la obligación alcanza exclusivamente

---

<sup>112</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 167-168, citando a Messineo.

<sup>113</sup> Sobre los límites de los pactos de exclusiva con relación a la libre competencia y al orden público en el ordenamiento español y europeo, véase PEÑA ROMERO, K., *El pacto de exclusiva*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 153 y ss.

a *ese sujeto*. Así pues, la realización de la conducta omisiva debida por parte de un sujeto distinto escapa a la relación obligatoria entre el acreedor y el deudor obligado a un no hacer<sup>114</sup>.

En mi opinión, hay que “tomar con pinzas” este razonamiento. Es cierto, por una parte, que una obligación negativa, al menos en teoría, no puede ser cumplida por un tercero, como sí sucedería con una obligación de dar una suma de dinero o un objeto fungible. En este aspecto, puede compartirse la idea de que en una obligación negativa importa que solo el deudor sea el obligado a realizar la conducta omisiva debida. Sin embargo, tal situación, a mi juicio, no alcanza para decir que una obligación negativa siempre es *intuitu personae* o personalísima, porque bajo esa premisa, este tipo de obligaciones no podría ser objeto de una transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, lo cual no siempre es correcto<sup>115</sup>.

Si sobre un empresario A recae la obligación de no abrir un establecimiento mercantil en un determinado territorio en beneficio de B, a la muerte de A, todo su fondo empresarial (incluida la obligación negativa referida) se transfiere a sus hijos como herederos. En tal sentido, si estos deciden continuar con la empresa del padre, queda claro que la obligación negativa que afectaba al padre pervive en sus hijos sin necesidad de celebrar un nuevo contrato con B. Así pues, como manifiesta FERRER DE SAN-SEGUNDO, solo cuando la persona del deudor sea “natural o convencionalmente infungible, la obligación no podrá transmitirse *inter vivos*, y a la muerte del deudor se extinguirá”<sup>116</sup>.

### 3.2.2. Clases de obligaciones negativas

Tomando como criterio de clasificación el contenido de la prestación, las obligaciones positivas suelen distinguirse entre aquellas de *dar* y *de hacer*. En ese mismo sentido, las obligaciones negativas también se distinguen, dependiendo del contenido de la prestación, en

---

<sup>114</sup> CASTILLO FREIRE M., “Sobre las obligaciones y su clasificación”, en *THEMIS Revista de Derecho*, n. 66, 2014, p. 212.

<sup>115</sup> Véase FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, cit., p. 183 sobre el cambio del deudor en una obligación negativa.

<sup>116</sup> FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, cit., p. 184.

obligaciones de *no hacer* (*non facere*) y de *tolerar* (*in patiendo*)<sup>117</sup>. 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, el cual no podría hacer de no mediar vínculo convencional<sup>118</sup>. 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)<sup>119</sup>.

Finalmente, tomándose como criterio el modo en que el tiempo configura la prestación, las obligaciones negativas pueden dividirse en:

- (i) obligaciones de ejecución instantánea (o de tracto único); y,
- (ii) obligaciones de ejecución duradera (o de tracto sucesivo).

Las primeras son aquellas que se agotan en un solo acto de abstención. Por ejemplo, la obligación de no participar en una licitación pública. Las segundas, por su parte, son aquellas que tienen una duración en el tiempo. Por ejemplo, el deber de no hacer competencia durante un plazo determinado<sup>120</sup>.

Dentro de las obligaciones de ejecución duradera, pueden distinguirse dos particulares situaciones:

- (i) obligaciones de *no seguir haciendo*; y,
- (ii) obligaciones de *empezar a no hacer*<sup>121</sup>.

<sup>117</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 285; FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, cit., pp. 53 y ss.

<sup>118</sup> Cfr. OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, *Tratado...*, cit., p. 278, citando a Busso.

<sup>119</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 287 recalca la necesidad de distinguir entre una *obligación negativa* y una *servidumbre negativa*. Bajo esa idea, es diferente la situación según la cual sobre un predio recae una servidumbre de paso a favor de otro predio y aquella en donde el dueño de un predio se obliga a conceder un derecho de paso a favor de otra persona. En la primera, quedan vinculados quienesquiera que sean los dueños del predio sirviente en favor de quienes lo sean del predio dominante (art. 1036 CC). En la segunda, en cambio, solo se vinculan un acreedor y un deudor y, en su caso, los herederos de uno y otro. Por otro lado, la obligación negativa tiene siempre una duración limitada, mientras que las servidumbres son, por su naturaleza, perpetuas, salvo ley o pacto distinto (art. 1037 CC).

<sup>120</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 168.

<sup>121</sup> Según la clasificación de MOISSET DE ESPANÉS, L., "Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 238, vol. I, 1975, pp. 353 y 354.

En las primeras, el deudor viene ejecutando la abstención objeto de prestación antes de haberse configurado la obligación negativa, con lo cual, tal abstención debe continuar manifestándose durante el tiempo de debido cumplimiento de la obligación. Por ejemplo, A se compromete ante su vecino B a no elevar la pared divisoria entre sus predios, con el fin de no impedirle a este último la vista hacia el mar.

En las segundas, el deudor viene realizando la actividad que se quiere prohibir antes de haberse configurado la obligación negativa, con lo cual, la abstención debe empezar a partir de un determinado momento. Por ejemplo, A se compromete ante B a vender únicamente productos de una determinada marca en su establecimiento mercantil a partir de un día determinado (el conocido como “pacto de exclusividad”).

Esta última distinción, como se verá, resulta importante para determinar si en términos fenomenológicos, es admisible o no la mora en obligaciones negativas.

### **3.3. Análisis crítico de las posturas tradicionales sobre la mora en obligaciones negativas**

Como se ha dicho, a lo largo de muchos años, han sido varios los autores que han sentenciado la imposibilidad de que exista mora aplicable a las obligaciones negativas o, en sentido contrario, que solo es posible hablar de mora en las obligaciones de dar o de hacer.

Con el fin de sustentar la postura contraria, expondré brevemente los argumentos de estos autores, con el fin de analizarlos críticamente y determinar las conclusiones que me permitirá defender la aplicabilidad del régimen moratorio a las obligaciones negativas.

#### **3.3.1. Postura basada en razones fenomenológicas**

La doctrina tradicional asume que una obligación negativa tiene una especial naturaleza que la hace incompatible con la figura del retraso en su cumplimiento. Se entiende que toda contravención implica necesariamente un incumplimiento *definitivo*, sin que exista posibilidad

alguna de una ejecución *a posteriori* de la prestación<sup>122</sup>. Ello en virtud del principio *factum infectum fieri nequit* (lo que se ha hecho no puede asumirse como no hecho). Así, considerando que la omisión en una obligación negativa debe realizarse *quotidie et singulis momentis*, cada instante es irrecuperable<sup>123</sup>.

En mi opinión, es al menos precipitado considerar de plano que toda contravención a una obligación negativa constituye incumplimiento definitivo. Para poder determinar cuándo el incumplimiento de una obligación tiene tal magnitud, es necesario valorarlo en torno a su importancia en la relación obligacional, principalmente en cuanto a la posibilidad objetiva de ejecución posterior y –sobre todo en obligaciones negativas– al interés del acreedor<sup>124</sup>.

Ya se ha explicado que, en una obligación negativa, la prestación consiste en la abstención de un acto o actividad prohibida o la tolerancia de una conducta activa ajena<sup>125</sup>. Al respecto, se ha dicho razonablemente que no toda contravención de este tipo de obligaciones hace imposible el cumplimiento posterior<sup>126</sup>. Así, para BARAONA GONZÁLEZ, “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<sup>127</sup>”.

Ahora bien, si no toda vulneración de una obligación hace imposible el cumplimiento posterior, ¿en qué supuestos se podrá hablar de incumplimiento definitivo, y en cuáles, de incumplimiento temporal? Por la especial naturaleza de las obligaciones negativas, es necesario

---

<sup>122</sup> En ese sentido, ALBALADEJO GARCÍA, “Comentario al artículo 1.100”, cit., p. 359; DE PABLO CONTRERAS, “Incumplimiento...”, cit., p. 199; PALAU RAMÍREZ, F. y otros, “Presupuesto y efectos de la mora”, en PALAU RAMÍREZ, F. y VICIANO PASTOR, J., *Tratado sobre la Morosidad*, Thomson Reuters, Navarra, 2012, p. 80. En la doctrina peruana, cfr. TORRES VÁSQUEZ, *Teoría...*, cit., p. 1112.

Por otro lado, si bien DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...* cit., t. 2, pp. 665-666 asume el carácter positivo de la obligación como requisito de la mora, plantea algunas matizaciones cuando el contenido de la prestación es un *non facere* del deudor que debe iniciar en un determinado momento.

<sup>123</sup> Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, M., *La configuración...*, cit., pp. 126 y 147.

<sup>124</sup> Cfr. HERRADA BAZÁN, *La mora...*, cit., Cap. 2, n. III.5.

<sup>125</sup> Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, *La configuración...*, cit., p. 35 y FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, cit., p. 46.

<sup>126</sup> Cfr. PEÑA ROMERO, *El pacto...*, cit., p. 219.

<sup>127</sup> Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso...*, cit., p. 57.

distinguir varios casos<sup>128</sup>, para lo cual, se empleará la clasificación –ya desarrollada en este trabajo<sup>129</sup>– que toma como criterio el contenido prestacional.

De entrada, puede decirse que, en la abstención de *un acto de ejecución instantánea*, la realización del acto prohibido sí tiene como consecuencia necesaria un *incumplimiento definitivo*. En ello es unánime la doctrina, por lo que este tipo de prestaciones no admite posibilidad alguna de incumplimiento temporal<sup>130</sup>.

Sin embargo, tal afirmación no puede aplicarse *a priori* a todos los casos de obligaciones negativas cuya prestación tiene una *permanencia en el tiempo* (obligaciones de tracto sucesivo), pues ello variará dependiendo de las circunstancias. Para ilustrarlo mejor, acudiré a aquella clasificación de esta clase de obligaciones negativas, que las divide en obligaciones de *seguir no haciendo* y de *empezar a no hacer*.

### 3.3.1.1. Obligaciones negativas de “seguir no haciendo”

La doctrina tradicional afirma que la contravención de estas obligaciones no implica incumplimiento temporal sino incumplimiento definitivo<sup>131</sup>. A mi juicio, que ello sea lo más frecuente no autoriza a señalar que toda infracción de este tipo de obligaciones acarreará un incumplimiento definitivo.

Es cierto, por una parte, que, en la mayoría de estos casos, lo más probable será que se descarte toda opción de cumplimiento posterior si se plantea que en una obligación de *seguir no haciendo*, el interés del acreedor consiste, precisamente, en asegurar y conservar la situación

---

<sup>128</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, C., “La reforma del Derecho de obligaciones en el Código Civil de 1984”, en *THEMIS Revista de Derecho*, n. 60. 2011, p. 174 señala que, “[d]e antemano es preciso dejar sentado que no se trata de sostener que la mora es procedente en todas las hipótesis de obligaciones con prestación de no hacer. Sería equivocado generalizar conceptos y no formular distinguos”.

<sup>129</sup> Véase p.43, *supra*.

<sup>130</sup> Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, “Incumplimiento...”, cit. p. 354. En la doctrina peruana, cfr. CÁRDENAS QUIRÓS, C., “La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer”, en *THEMIS Revista de Derecho*, n. 12, 1988, p. 72 y “La reforma...”, cit., p. 174; ESPINOZA ESPINOZA, J., “La mora”, en *THEMIS Revista de Derecho*, n. 68, 2015, p. 241.

<sup>131</sup> Para DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 666, “si la situación continúa inmodificada, hay cumplimiento y [si] se modifica, no hay retraso sino incumplimiento”.

En esa misma línea, ALBALADEJO GARCÍA, “Comentario al artículo 1.100”, cit., p. 360 señala, en un ejemplo, que “si lo que ocurre es que la obligación es de no llegar a ejercer durante cierto tiempo un comercio que actualmente no se ejerce, comenzar su ejercicio es *incumplir*, y no ya *demorar* el comienzo del cumplimiento”.

de pasividad verificada *ex ante* que tenía el deudor. De ser este el caso, el incumplimiento sí será definitivo.

Por ejemplo, en los *pactos de confidencialidad*, donde las partes se obligan mutuamente a no divulgar información a la que han tenido acceso en virtud de los negocios que han llevado a cabo, se entiende que, si una de las partes infringe tal deber, el incumplimiento es definitivo, ya que era interés de la contraparte acreedora mantener incólume la situación de abstención.

Sin embargo, no todas las obligaciones de *seguir no haciendo* son iguales y, por ende, no puede excluirse que, en algún caso, pese a una eventual vulneración por parte del deudor, aún perviva la posibilidad de cumplimiento futuro. Al respecto, MOISSET DE ESPANÉS<sup>132</sup> propone un ejemplo similar al siguiente: A se obliga ante su vecino B a no elevar la pared divisoria durante cinco periodos de verano para no privarle de la vista panorámica al mar, a cambio de una retribución económica por dicha restricción. No obstante, antes del segundo periodo de verano pactado, A eleva la pared. ¿Esta conducta implica un incumplimiento definitivo?

Para determinarlo, será necesario el análisis de dos factores: de la *posibilidad* de destruir lo que se hizo en perjuicio de B y la *esencialidad del plazo* en que se debía cumplir con la prestación, lo que dependerá del interés contractual del acreedor.

Con relación al primer factor, no hay duda alguna de que la elevación edificada por A puede destruirse (art. 1158, inc. 2 CC). Sin embargo, ello no basta para determinar este supuesto como incumplimiento temporal: hará falta acudir a lo expresado por las partes de la relación obligacional y, en particular, al interés del acreedor.

Así, si B expresó como causa del contrato que la prestación debía realizarse en los cinco periodos de verano sin interrupción alguna (lo cual se puede asegurar si a la expresión se añade una cláusula resolutoria o una cláusula penal por todo el valor de la prestación, etc.), es evidente

---

<sup>132</sup> MOISSET DE ESPANÉS, “Incumplimiento...”, cit., p. 355. Sigue a este autor, CÁRDENAS QUIRÓS, “La mora...”, cit., p. 74.

que ya no le interesará que A continúe con la abstención, aun cuando sea posible la destrucción de lo mal hecho. Solo en este caso, habrá incumplimiento definitivo.

Por el contrario, si a B aún le interesa la abstención de A, siendo posible la destrucción de lo mal hecho, puede exigir que este realice la prestación íntegra durante el tiempo que queda por cumplir, sin perjuicio de demandar una indemnización por los eventuales daños derivados del incumplimiento. Así pues, la conducta de A hasta la elevación de la pared puede ser considerada como un cumplimiento parcial, siendo posible aún el cumplimiento posterior de la obligación<sup>133</sup>.

Hay que considerar que, para hablar de cumplimiento parcial de una obligación, la prestación debe ser *divisible*<sup>134</sup>. Por tal motivo, es razonable decir, pese a la postura contraria de un sector de la doctrina<sup>135</sup>, que las obligaciones negativas *son divisibles*, siempre que se trate de aquellas cuya prestación consiste en una abstención duradera en el tiempo<sup>136</sup>.

Esta divisibilidad puede configurarse por dos posibles causas:

- (i) una causa *objetiva*: las obligaciones negativas son divisibles porque el tiempo en el que se extiende la conducta omisiva también lo es<sup>137</sup>; o,
- (ii) una causa *subjetiva*: las obligaciones negativas son divisibles porque las partes de la relación obligatoria lo acordaron así o porque es conforme con el interés del acreedor<sup>138</sup>.

<sup>133</sup> Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, “Incumplimiento...”, cit., p. 355.

<sup>134</sup> En ese sentido, CRISTÓBAL MONTES, A., “El régimen jurídico de las obligaciones indivisibles”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 69, n. 616, 1993, p. 874 afirma que “no cabe hablar de obligación indivisible y de cumplimiento parcial en relación a una misma realidad, porque ello constituye una imposibilidad y un contrasentido”.

<sup>135</sup> Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, pp. 166 y 167, quien señala que “[l]as obligaciones que tiene por objeto una prestación de no hacer son, casi de modo absoluto, indivisibles”. Por su parte, EGUSQUIZA BALMACEDA, *La configuración...*, cit., pp. 96 y ss., dice que “[l]a prestación negativa no puede ejecutarse a medias, ya que una actuación omisiva parcial implica la interrupción del cumplimiento que se venía desarrollando y, por lo tanto, la contravención de la obligación”.

<sup>136</sup> Sería inútil discutir la divisibilidad de obligaciones negativas de ejecución instantánea.

<sup>137</sup> Se trata de una divisibilidad objetiva o natural. En ese sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Las obligaciones divisibles e indivisibles”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXVI, 1973, p. 540, señala que la divisibilidad de estas obligaciones “se basa en la divisibilidad esencial del tiempo”.

<sup>138</sup> EGUSQUIZA BALMACEDA, *La configuración...*, cit., p. 80 parece hacer referencia a estas causas de divisibilidad, pero en sentido contrario, al tratar sobre las “clases de indivisión”: (i) la indivisibilidad natural u objetiva (*individuum obligatione*), la indivisibilidad derivada del acuerdo de las partes (*individuum contractum*) y la derivada de la satisfacción del interés del acreedor (*individuum solutione tantum*). Véase también FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, cit., p. 113.

De este modo, si B conserva su interés por que A mantenga su actividad omisiva hasta completar el tiempo pactado de cumplimiento, se tratará de una obligación negativa divisible, tanto por causa objetiva (porque la divisibilidad del tiempo permite a su vez la divisibilidad de la prestación) como por causa subjetiva (porque obedece al interés del mismo acreedor B)<sup>139</sup>.

Ahora bien, ¿puede un cumplimiento parcial configurarse como retraso en el cumplimiento? ¿Debe aplicarse la mora a los cumplimientos parciales?

Ya se ha explicado<sup>140</sup> que, tradicionalmente, el *retraso* como tipo de incumplimiento se caracterizaba como una *inejecución total* en el tiempo de debido cumplimiento en la que todavía es posible una ejecución tardía. Por tal motivo, se distinguía al *retraso* de los cumplimientos *parciales o defectuosos*. Sin embargo, como se ha desarrollado, lo relevante para constituir en mora al deudor no es si este “no ha hecho nada” al tiempo debido o “si lo ha hecho mal o parcialmente”. Lo realmente determinante es que, pese a la contravención inicial (sea por inejecución o por ejecución parcial o defectuosa) aun sea posible e incierta un cumplimiento posterior de la prestación. Así pues, repito aquí las palabras de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: “La mora del deudor rige para los incumplimientos temporales o no definitivos, lo que no quiere decir que solo se integren en este grupo los retrasos [entendidos como “inejecuciones totales”] susceptibles de cumplimiento posterior, sino *todas aquellas infracciones obligacionales que se caractericen por esta situación de posible cumplimiento futuro*”<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Como explica FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, cit., p. 269, “la especial naturaleza de las obligaciones negativas, lejos de ser un impedimento, nos permitirá, producida la contravención, fijarla, analizarla y, como hacemos con las obligaciones positivas, discernir si resulta o no relevante, atendido el momento en que se ha producido, las circunstancias que han concurrido, y el global entramado de intereses conformante de la completa relación jurídica; decidir si la vulneración que hemos aislado para su examen ha sido o no fatídica, qué incidencia ha tenido esa lesión en relación al conjunto obligacional, y consiguientemente, si ha de ser tratada como retraso o como incumplimiento definitivo”.

<sup>140</sup> Véase p. 18 y ss, *supra*.

<sup>141</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora...*, cit., p. 422.

Bajo este razonamiento, admitiéndose la divisibilidad de la obligación negativa y, por ende, su cumplimiento parcial, es factible el *incumplimiento temporal* de las obligaciones que consistan en un *seguir no haciendo* y, por tanto, la aplicación del *régimen de la mora*<sup>142</sup>.

### 3.3.1.2. Obligaciones negativas de “empezar a no hacer”

Las obligaciones negativas que implican un *empezar a no hacer* consisten en prestaciones en las que la abstención del deudor, que venía realizando la actividad que se quiere prohibir, debe empezar a partir de un determinado momento.

Para MOISSET DE ESPANÉS, si un deudor que debía empezar a abstenerse de una actividad en un momento dado no lo hace, es posible verificar un retraso y no un incumplimiento definitivo. Para ello, la prestación debe ser aún posible y útil de ejecutarse de forma íntegra. Por tal motivo, para el autor, esta situación encuadra perfectamente dentro del concepto de mora<sup>143</sup>.

Por ejemplo, A ejerce una actividad empresarial en competencia con B. Por medio de un pacto de no concurrencia, el primero se obliga a favor del segundo a cerrar el negocio, esto es, abstenerse de ejercer su empresa, durante un mes (julio). Llegada la fecha de cumplimiento, el empresario A ha proseguido con su actividad, demorando el inicio de su abstención en cinco días. En la medida en que a B aún le interese que A cumpla con su abstención durante el lapso de un mes a partir de la fecha en que esta inicie efectivamente, aún se puede hablar de una prestación cuya ejecución *es posible y útil para el acreedor*<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Por lo tanto, discrepo con CÁRDENAS QUIRÓS, “La reforma...”, cit., pp. 174 y 175 y con ESPINOZA ESPINOZA, “La mora”, cit., pp. 242-244, para quienes la mora no es aplicable a las obligaciones negativas de “seguir no haciendo” porque en ellas “la ejecución del hecho que el deudor se obligó a no hacer constituirá un caso de *incumplimiento o de cumplimiento parcial o defectuoso*, según el supuesto de que se trate”. En mi opinión, precisamente porque son posibles los cumplimientos parciales o defectuosos que, por tanto, permiten un futuro cumplimiento, es que resulta admisible la mora en este tipo de obligaciones negativas.

<sup>143</sup> Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, “Incumplimiento...”, cit., p. 357. Se trata de una postura admitida, con ciertos matices, por Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 666.

<sup>144</sup> Este ejemplo ha sido propuesto de forma básica por Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 666, para defender la posibilidad de retraso en este tipo de obligaciones negativas.

Contrario a esta postura se manifiesta ALBALADEJO GARCÍA. Analizando el caso descrito, para este autor es incorrecto pensar que hay demora en una obligación negativa (la de no ejercer empresa), ya que lo que se estaría retrasando, en realidad, es el cierre del establecimiento comercial (en términos generales, el cierre de la actividad empresarial), lo cual sería una obligación *positiva de hacer*<sup>145</sup>.

A mi juicio, proponer que en donde aparentemente hay una obligación negativa, en realidad se encuentra, en el reverso, una obligación positiva es optar por un determinado uso del lenguaje que en nada cambia las consecuencias jurídicas que se plantean<sup>146</sup>. Es irrelevante describir un acontecimiento de forma positiva o negativa en el plano gramatical<sup>147</sup>. Sin perjuicio de ello, cualquier dilema que se pudiera presentar en el tema que nos ocupa, se resolverá identificando lo que es jurídicamente relevante en la acción que se propone. En el caso anterior, lo jurídicamente importante en un pacto de no concurrencia no es el cierre de la actividad empresarial (acción positiva), sino si se hace o no competencia. No hacerla, por lo tanto, es una verdadera *prestación negativa*<sup>148</sup>.

Se puede concluir que en las obligaciones negativas de *empezar a no hacer* es admisible la figura del retraso y, por lo tanto, de un incumplimiento temporal. Ello siempre que el deudor no haya iniciado con su actividad omisiva cuando debía (elemento objetivo) y al acreedor aún le interese que cumpla con la prestación, fuera del tiempo pactado inicialmente (elemento subjetivo).

### 3.3.1.3. El tiempo en las obligaciones negativas

Existe en doctrina una posición que se opone absolutamente a la posibilidad de que existan incumplimientos temporales en obligaciones negativas, sin distinción alguna. Se

<sup>145</sup> Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, “Comentario al artículo 1.100”, cit., p. 360.

<sup>146</sup> Cfr. HERRADA BAZÁN, *La mora...*, cit., Cap. 2, n.III.5.

<sup>147</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 272 nota este problema al momento de distinguir a las prestaciones positivas y negativas. Por 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)?

<sup>148</sup> Cfr. FERRER DE SAN SEGUNDO, *La obligación...* cit., p. 263.

considera que el factor tiempo es parte *esencial* del contenido de la prestación en este tipo de obligaciones. De este modo, cualquier acto prohibido tiene como necesario efecto al incumplimiento definitivo, ya que, objetivamente, la prestación nunca podrá ser materialmente realizada conforme al proyecto prestacional pactado<sup>149</sup>.

Al respecto, debe señalarse que es cierto que el factor tiempo *puede* formar parte esencial de la prestación en una obligación negativa, pero *no siempre será así*. Incluso tomándose en consideración la especial naturaleza de estas obligaciones, no puede adoptarse una conclusión tan absoluta que refiera que el tiempo tiene carácter esencial en ellas, sustentándose en el hecho de que aquel es irrecuperable y, por tanto, no hay dos instantes iguales, pues cabría cabe cuestionarse por qué en las obligaciones positivas no es aplicable la misma premisa. En ese sentido, FERRER DE SAN-SEGUNDO dice, con acierto, que “tampoco en las obligaciones de dar o hacer, si han sido inobservadas en la fecha o plazos previstos, pueden ser idénticamente cumplidas en momento posterior, ya que, también para ellas, cada instante del proceso de cumplimiento, coordinada que siempre lo modula y conforme es, en mayor o menor medida, irreproducible”<sup>150</sup>. Por lo anterior, se puede asumir que la relevancia del tiempo en las obligaciones (en todas ellas) depende, principalmente, de lo que sea posible y útil para el acreedor.

Esta es la idea que sustenta que, en atención al tiempo, solo la contravención de obligaciones con plazo esencial (sean de dar, de hacer o de no hacer) constituye incumplimiento definitivo, mientras que en el resto de contravenciones se originará incumplimiento temporal. Como enseña MOISSET DE ESPANÉS, si en las obligaciones a plazo estudiásemos únicamente aquellas que tienen plazo esencial, se concluiría erróneamente que en todas las obligaciones a plazo no hay retraso, sino incumplimiento definitivo<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> En ese sentido, EGUSQUIZA BALMACEDA, *La configuración...*, cit., pp. 124-126.

<sup>150</sup> FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, cit., p. 80.

<sup>151</sup> Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, “Incumplimiento...”, cit., p. 351.

En conclusión, desde un punto de vista fenomenológico, es razonable admitir la posibilidad de incumplimientos temporales en determinadas obligaciones negativas, con lo cual se cumple con el primer presupuesto del régimen moratorio: el retraso en el cumplimiento.

### 3.3.2. Postura basada en razones legislativas

Un sector autorizado de la doctrina<sup>152</sup> ha planteado que, dado el estado actual de nuestra legislación, no es admisible la aplicación del régimen moratorio a las obligaciones negativas. Todo ello, pese a que, a diferencia de otros ordenamientos<sup>153</sup>, no hay en el CC una norma que determine expresamente tal inadmisibilidad.

Esta postura se basa, principalmente, en lo regulado en los arts. 1333, inc. 2 y 1160 CC. El primero, al regular la mora automática por *tiempo determinante*<sup>154</sup>, señala:

*“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**” (énfasis añadido).*

Según se ve, la norma omite hacer referencia a las obligaciones de no hacer, mencionando únicamente a las de dar (“entregarse el bien”) y de hacer (“practicarse el servicio”).

Por su parte, el art. 1160 CC, hace mención a una serie de normas aplicables a las *obligaciones negativas*. Textualmente señala:

*“Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157 [del CC]”.*

<sup>152</sup> Cfr. CÁRDENAS QUIRÓS, “La mora...”, cit., pp. 75 y 76.

<sup>153</sup> Por ejemplo, el art. 1222 CC italiano establece que “las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer, todo hecho realizado en violación de estas constituye por sí mismo incumplimiento” (“*Le disposizioni sulla mora non si applicano alle obbligazioni di non fare; ogni fatto compiuto in violazione di queste costituisce di per sé inadempimento*”).

<sup>154</sup> Véase p. 29, *supra*.

Como se aprecia, esta norma omite incluir en su contenido al art. 1154, 2º párr. CC, que hace referencia expresa a la *constitución en mora del deudor*.

Dada esta situación, CÁRDENAS QUIRÓS sentencia que “de algunos de sus preceptos [del CC], puede concluirse que ha sido descartada la posibilidad de que proceda la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer”<sup>155</sup>.

Lo anterior se confirmaría por lo que señalan los autores del CC en su Exposición de Motivos. Con relación al art. 1333, inc. 2 CC, han dicho: “*El primer requisito de la mora del deudor es el retardo en el cumplimiento de la obligación. Es este un elemento de hecho que tiene carácter ineludible. Se advierte, por tanto, que la mora es una institución propia de las obligaciones de dar y de hacer, cuando el incumplimiento consista en un retraso, pero que ella queda descartada en las obligaciones de no hacer*”<sup>156</sup>.

Por otro lado, con relación al art. 1160 CC, la Exposición de Motivos expresa: “*Conviene observar 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*”<sup>157</sup>.

En mi opinión, sin embargo, las omisiones legales referidas (por un lado, de las obligaciones negativas en el art. 1333, inc. 2 CC y, por otro, del segundo párrafo del art. 1154 CC) no constituyen argumentos determinantes para concluir que en el CC peruano no es admisible la aplicación de la mora en obligaciones negativas. Tales omisiones se explican en el hecho de que, durante muchos años, se consideraba como ejemplos de obligaciones negativas, predominantemente aquellas en las que su violación siempre acarrea un *incumplimiento*

---

<sup>155</sup> Cfr. CÁRDENAS QUIRÓS, “La mora...”, cit., p. 75.

<sup>156</sup> REVOREDO DE DEBAKEY D. (comp.), *Código Civil V.5, exposición de motivos y comentarios*, Artes Gráficas de la Industria Avanzada, Lima, 1985, pp. 458 y 459.

<sup>157</sup> REVOREDO DE DEBAKEY D. (comp.), *Código...* cit, p. 332.

*definitivo*. Así pues, si tal era la concepción en la mayor parte de la doctrina<sup>158</sup>, es natural que también –y por consecuencia–, los autores de los citados comentarios de la Exposición de Motivos hayan expresado como conclusión la inaplicabilidad del régimen moratorio a tal tipo de obligaciones.

Sin embargo, existe, a mi juicio, dos poderosas razones para sustentar que el régimen moratorio del CC, en su estado actual, resulta aplicable a las obligaciones negativas:

- (i) por un lado, en el real papel que cumplen las exposiciones de motivos para la actividad hermenéutica; y,
- (ii) por otro lado, en la falta de correspondencia existente entre lo que se arguye en la Exposición de Motivos y lo que, en efecto, regula el CC.

### **3.3.2.1 Las exposiciones de motivos en la actividad hermenéutica**

Con relación al primer motivo, el *quid* que debe determinarse es si los comentarios vertidos por los redactores de un texto legal en una exposición de motivos o en un preámbulo legal constituyen un elemento vinculante para su interpretación. Ello solo será así si se asume que tales comentarios expresan el *sentido de la ley normativamente decisivo*<sup>159</sup>.

En la determinación de este sentido normativo es algo ineludible la pregunta sobre cuál es la *voluntad del legislador* y, en ese contexto, de qué personas se refiere uno cuando habla precisamente del “legislador”. Al respecto, LARENZ resalta que, en un Estado de Derecho, la mayoría de parlamentarios suele abandonarse, respecto de los *pormenores de la ley por ellos aprobada*, a la pericia y la técnica de formulación de los autores del proyecto o de la comisión de especialistas que intervino en la redacción. Por lo tanto, lo único sobre lo que se forman una genuina opinión –y, por ende, lo que de verdad aprueban–, es la *intención reguladora y los fines*

---

<sup>158</sup> La que, según MOISSET DE ESPANÉS, “Incumplimiento...”, cit., p. 356, echa mano de casos como no talar un árbol o no concurrir a una fiesta –ejemplos que no aparecen en la vida normal de los negocios– para estudiar el problema de la mora en este tipo de obligaciones.

<sup>159</sup> Que es lo que, según LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4º ed., Ariel, Barcelona, 2010, p. 325, constituye el fin de la actividad de interpretación.

*fundamentales de la ley* (repercusiones socio-políticas, etc.). Así pues, la aprobación de estos pormenores –usualmente contenidos en una exposición de motivos o en preámbulos– no vale, por sí misma, “para una determinada interpretación del texto”<sup>160</sup>.

Y es que ha de distinguirse dos figuras importantes. Por un lado, la *intención reguladora* y los *fines fundamentales del legislador*. Por otro lado, las *específicas ideas normativas* de las personas que participan en la redacción de la ley. En esta distinción, solo la primera figura (los fines, valores y decisiones fundamentales acordados en la intención reguladora) constituye un elemento sobre el cual los legisladores han tomado posición y, por ese motivo, puede denominársele “voluntad del legislador”. Así, la interpretación de la ley ha de orientarse, en primer lugar, a ello, pues “solo así puede garantizarse el papel preeminente de los órganos legislativos dentro del total proceso de creación y de concretización del Derecho”<sup>161</sup>.

A modo de ejemplo, es evidente que el Código de Protección y Defensa del Consumidor busca proteger al consumidor en sus relaciones con un empresario, en virtud de la asimetría informativa que caracteriza a este tipo de relaciones jurídicas. Es esa la intención reguladora y el fin fundamental del legislador. Por tal motivo, la interpretación de su normativa ha de orientarse siempre en beneficio del consumidor, como sujeto de especial protección jurídica (art. V.2 TP CPDC).

Aplicado este razonamiento al tema que se analiza, la regulación de la mora se inserta en un sistema de remedios que el ordenamiento reconoce al *acreedor* con el fin de preservar su interés en el cumplimiento de la obligación que un deudor tiene para con él<sup>162</sup>. Tal sistema ha de reconocerle al acreedor en cuestión la posibilidad no solo de reaccionar frente a un

---

<sup>160</sup> LARENZ, *Metodología...*, cit., pp. 325 y 326. Bajo esa misma idea se expresa Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., “Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 45-2, 1992, p. 516, sobre los preámbulos en las leyes: “A partir de un preámbulo, pues, no es posible extraer el efecto jurídico típico de toda norma jurídica, a saber: imputar una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho”.

<sup>161</sup> LARENZ, *Metodología...*, cit., p. 326.

<sup>162</sup> Como enseña Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 771, los medios de defensa y protección del derecho de crédito son un conjunto de facultades o de acciones que el ordenamiento jurídico atribuye al acreedor para preservar o realizar su interés en la relación obligatoria, cuando éste se ha visto insatisfecho total o parcialmente o existe el peligro de que la violación de la obligación llegue a producirse.

incumplimiento definitivo (a través de la indemnización por daños), sino también frente a todo tipo de incumplimiento, incluyendo los temporales, sin que sea relevante el tipo de obligación. Por tanto, asumir que el régimen moratorio no es aplicable a una obligación negativa porque “*la simple acción del deudor viola la obligación*”, implicaría, por ejemplo, condenar al acreedor a optar siempre por demandar el pago de una indemnización por la integridad de la prestación y no por perseguir el futuro cumplimiento, tal y como lo permiten los arts. 1342 y 1428 CC<sup>163</sup>.

Por el contrario, las *específicas ideas normativas* son posturas sobre el significado y alcance de una disposición en particular y, fundamentalmente, son opiniones de los redactores del texto legal y de los miembros de las comisiones asesoras. Sin embargo, estos no son, ni individual ni totalmente, “el legislador”. Estas opiniones, por lo tanto, “no representan pauta alguna vinculante para el intérprete, *quien más bien se ha de apartar de ellas no raras veces*, porque las ideas normativas de los autores de la ley, por regla general, *quedan rezagadas frente a las posibilidades de aplicación de la norma* incluso cuando no se apoyan de antemano en una evaluación equivocada de la situación normativa”<sup>164</sup>.

No se puede negar que las ideas normativas de los redactores de un texto legal, usualmente expresadas en las exposiciones de motivos o en los preámbulos de las leyes, constituyen una ayuda para determinar el contexto histórico en el que una legislación fue dada y, por ende, las específicas posibilidades de su aplicación previstas por sus autores<sup>165</sup>. No obstante, tales posibilidades no han de suponer un límite real para impedir la aplicación de una determinada fórmula legal a hechos nuevos que, fuera de lo ideado originalmente por sus redactores, permite cumplir con los fines fundamentales del legislador (esto es, el *sentido de la ley normativamente decisivo*).

---

<sup>163</sup> En ese sentido, FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, cit., p. 266, con relación al ordenamiento español.

<sup>164</sup> LARENZ, *Metodología...*, cit., p. 326.

<sup>165</sup> Como señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Los preámbulos...”, cit., p. 520, “los preámbulos no son declaración de voluntad normativa, sino a lo sumo expresión de la voluntad psicológica o intención que movió al legislador”.

En ese sentido, LACRUZ BERDEJO enseña que, si bien la ley es la expresión de una voluntad fijada en una fórmula verbal, puede producir *consecuencias muy por encima de su fórmula*, y también de lo *específicamente previsto al formularse*. En sus palabras, “la ordenación del legislador, precisamente por estar destinada a señalar durante tiempo indefinido y en cualquier situación la conducta justa, *ha de ser apta para reaccionar frente a hechos nuevos*, que, por serlo, difícilmente podían ser imaginados y previstos cuando se elaboró la fórmula en vista de circunstancias y conflictos pasados”<sup>166</sup>.

En conclusión, reconocer que el régimen previsto para la mora es aplicable también a las obligaciones negativas no contraviene la *voluntad del legislador* o, mejor dicho, el *sentido normativo de la ley*. Por el contrario, es acorde con la protección al derecho de crédito que la regulación de la mora busca atribuir. Los comentarios citados de la Exposición de Motivos del CC, por tanto, aunque constituyen una buena herramienta de interpretación histórica, no representan la *intención normativa y los fines fundamentales de la ley* y, por ende, no constituyen argumento concluyente que permita sostener la inaplicabilidad de la mora a las obligaciones negativas.

### **3.3.2.2. La falta de correspondencia entre la Exposición de Motivos y el CC**

El citado texto de la Exposición de Motivos del CC señala que la constitución en mora del deudor “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*”.

Según lo descrito, para nuestro CC (la regla legislativa uniforme), la sola contravención de la obligación negativa por parte del deudor constituiría *incumplimiento definitivo* y, por lo tanto, ello explicaría la inaplicabilidad del régimen moratorio a tal supuesto. Sin embargo, basta un somero análisis de algunas normas para concluir algo distinto.

---

<sup>166</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. 1, vol. 1, 4º ed., Dykinson, Madrid, 2006, pp. 248 y 249.

Así pues, el art. 1158 CC establece:

*“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”* (énfasis añadido).

Como se aprecia, la propia ley prevé como remedios ante el incumplimiento de obligaciones negativas: (i) la ejecución forzada; y, (ii) la destrucción de lo ejecutado.

El primer remedio consiste en el derecho de acudir ante la autoridad judicial con el fin de obtener la *actuación o realización del derecho de crédito*<sup>167</sup>. En ese sentido, no hay duda alguna en que *solo se puede ejecutar o realizar aquella obligación respecto de la cual, pese a la contravención inicial, aún es posible su cumplimiento*. Por lo tanto, si es la propia ley la que reconoce como posible remedio la *ejecución forzada de una obligación negativa*, por lógica jurídica, lo hace porque también reconoce que tal tipo de obligaciones puede ser *incumplida solo temporalmente* (y no de modo definitivo)<sup>168</sup>: no se puede cumplir forzosamente algo que ya es imposible de cumplir.

El segundo remedio permite reforzar lo requerido en el primero. La destrucción de lo ejecutado permite restablecer la situación a su estado anterior, con el fin de procurar la utilidad o el interés del derecho de crédito del acreedor<sup>169</sup>. De tal modo, la ley atribuye este remedio al acreedor con el fin de perseverar en la futura realización de su derecho de crédito, *por considerarse “aún ejecutable” la obligación negativa en cuestión*. Evidentemente, la

---

<sup>167</sup> CORDÓN MORENO, F., *El proceso de ejecución*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 27.

<sup>168</sup> Cfr. CÁRDENAS QUIRÓS, “La mora...”, cit., p. 76; ESPINOZA ESPINOZA, “La mora”, cit., p. 243.

<sup>169</sup> Cfr. MARTÍN PÉREZ, A. “Comentario al artículo 1099”, en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, EDESA, 1989, p. 352.

destrucción de lo ejecutado solo podrá solicitarse cuando el incumplimiento de la obligación negativa se verifique con la realización de una obra o construcción<sup>170</sup>.

De esta regulación, puede concluirse que es la propia ley la que reconoce que *no toda contravención de obligaciones negativas supone un incumplimiento definitivo*. Esto es, que existe plena posibilidad de que este tipo de obligaciones pueda ser violada *temporalmente*, lo cual constituye el supuesto de hecho primordial para aplicar los efectos de la mora del deudor.

De hecho, ambos remedios del art. 1158 CC están reconocidos, además, por el art. 711, 1º párr. CPC, el cual, en el marco de un proceso ejecutivo sobre una obligación de no hacer, establece:

*“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 forzadamente a su costo”* (énfasis añadido).

Al respecto, el propio CÁRDENAS QUIRÓS, pese a su posición contraria, ha dicho sobre esta regulación 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”<sup>171</sup>.

Por lo tanto, si según la Exposición de Motivos del CC no ha de aplicarse la mora a las obligaciones negativas porque se entiende que todo incumplimiento de estas es definitivo, ¿cómo puede, entonces, la ley reconocer la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso de una obligación negativa pese a la contravención inicial del deudor?

---

<sup>170</sup> Cfr. MARTÍN PÉREZ, “Comentario al artículo 1099”, cit., p. 352.

<sup>171</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, “La mora...”, cit., p. 76, citado también en los mismos términos por ESPINOZA ESPINOZA, “La mora”, cit., p. 243.

### 3.3.3. Postura basada en razones funcionales

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ se opone a la aplicación del régimen moratorio a las obligaciones negativas, no por cuestiones fenomenológicas (la autora acepta la posibilidad de que existan retrasos o incumplimientos temporales en este tipo de obligaciones), sino principalmente por una razón funcional<sup>172</sup>. En su opinión, no hay sentido alguno para acoger dicha aplicación si se piensa que la mora tiene un efecto particular: trasladarle al deudor moroso los riesgos por imposibilidad sobrevenida de la prestación<sup>173</sup>.

Así pues, si el contenido prestacional de una obligación negativa consiste en la abstención de un acto o actividad, o de la tolerancia de la conducta de un tercero, en opinión de esta autora, es muy difícil concebir una circunstancia fortuita que pudiera impedir al deudor a ejecutar aquello que tenía prohibido en mérito a la obligación adquirida. En sus palabras: “¿cómo se puede el deudor ver *compelido fortuitamente* a hacer aquello que se ha comprometido a no hacer?”<sup>174</sup>

No se puede negar una cierta dificultad para concebir una circunstancia fortuita que pudiera constreñir al deudor a ejecutar aquello que tenía prohibido en virtud de la obligación. Sin embargo, tal como lo plantea FERRER DE SAN-SEGUNDO, lo fundamental de un caso fortuito no es que el deudor se vea compelido a incumplir lo prometido, sino principalmente que incumpla *sin que le sea imputable la responsabilidad por dicho incumplimiento*<sup>175</sup>.

Me explico. El sistema de *inimputabilidad* o de *no imputación* está regulado en los arts. 1315, 1316 y 1317 CC. El primero define al caso fortuito y a la fuerza mayor como una *causa no imputable*<sup>176</sup>. El segundo establece que “la obligación se extingue si la prestación no se

<sup>172</sup> “Argumento pragmático” es la denominación utilizada por FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, cit., p. 255 para referirse a la postura de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora...*, cit., pp. 398, 522-524.

<sup>173</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora...* cit., p. 398.

<sup>174</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora...* cit., p. 398.

<sup>175</sup> Cfr. FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, cit., p. 225.

<sup>176</sup> Art. 1315 CC: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa **no imputable**, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (énfasis añadido).

ejecuta *por causa no imputable al deudor*". Por último, el tercero indica que "el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por *causas no imputables*, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación".

De todo ello, se puede concluir que una obligación se *extingue* y el deudor *no es responsable de los daños ocasionados* cuando la prestación no se ejecuta por *caso fortuito o fuerza mayor* (causas no imputables), salvo que, por ley o por pacto entre las partes, se haya establecido lo contrario: que el deudor continúa obligado y es responsable de los daños generados por el incumplimiento, incluso si se debió a causa no imputable.

En ese contexto, como se ha explicado<sup>177</sup>, la *mora* constituye una excepción legal a la regla general antes mencionada. El régimen moratorio impone que el deudor responde por la imposibilidad sobrevenida, incluso si ella se ha debido a una causa, en principio, *no imputable* (art. 1336 CC). Tal imposibilidad, sin embargo, no solo se presenta cuando el deudor "es compelido" a incumplir, sino también cuando por hechos fortuitamente producidos, se impide que la prestación debida se cumpla, *sin que el deudor realice conducta contraria a la obligación*.

Por ejemplo, que por causa de un terremoto se destruya el único establecimiento comercial del acreedor frente al cual un deudor se había obligado a no hacer competencia hace que tal prestación devenga en imposible. Nótese que esta imposibilidad se debió a un caso fortuito y, sobre todo, sin que el deudor "se haya visto compelido a incumplir".

Y así pueden postularse otros supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita en obligaciones negativas, en los que la conducta del deudor nada tiene que ver. Por ejemplo, el incendio fortuito en el predio del deudor que se había comprometido a no hacer humo a favor de su vecino, enfermo pulmonar; la activación fortuita de la alarma de la casa del deudor que

---

<sup>177</sup> Véase p.34, *supra*.

se había obligado a no hacer ruido para no interrumpir la grabación de un disco en un estudio aledaño; la inundación del predio del deudor que había otorgado un derecho de paso a sus vecinos o, en general, la agravación extraordinaria de las circunstancias de la prestación o la excesiva onerosidad de esta<sup>178</sup>.

Como se aprecia, los ejemplos descritos no ilustran casos de imposibilidad de la prestación negativa porque el deudor “se ha visto compelido a incumplirla”. Por el contrario, son supuestos en los que la imposibilidad surge a partir de un *hecho fortuito* que, sin que el deudor realice una conducta contraria a la obligación, impide definitivamente que esta se cumpla. En palabras de FERRER DE SAN SEGUNDO, “[l]a cuestión no está tanto en que el deudor realice (o no) un acto contrario al debido, sino en por qué no sigue el obligado a omitir tal como se previno”<sup>179</sup>.

Ha de reconocerse, por tanto, que la imposibilidad sobrevenida por caso fortuito también es predicable de las obligaciones negativas y, por ende, puede ser imputable al deudor constituido en mora, cumpliéndose así el efecto más característico de la institución moratoria: el traslado de los riesgos sobrevenidos al deudor moroso.

### **3.4. Base jurídica: la aplicación analógica del régimen moratorio a las obligaciones negativas**

Explicado todo lo anterior, cabe preguntarse, ¿cuál es la base jurídica para defender la aplicación del régimen moratorio a las obligaciones negativas si se entiende que, en estricta materia de mora, *no hay una referencia expresa a las obligaciones negativas?*

En mi opinión, la base jurídica es la *aplicación analógica* del régimen de mora a las obligaciones negativas<sup>180</sup>. Tal aplicación se sustenta en la similitud entre la estructura de las

---

<sup>178</sup> Cfr. FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, cit., pp. 221 y ss.

<sup>179</sup> FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, cit., p. 225.

<sup>180</sup> RUBIO CORREA, M., “Comentario al artículo IV del Título Preliminar”, en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. 1, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 45 enseña que la analogía consiste en “aplicar la consecuencia de una norma jurídica, a un hecho distinto de aquel que se considera en el supuesto de dicha norma, pero que les es semejante en sustancia”.

obligaciones positivas (dar y hacer) y la de las obligaciones negativas y, por ende, en sus modos de incumplimiento<sup>181</sup>. Por tal motivo, ambos supuestos de hecho han de ser *valorados igualmente* en sus aspectos decisivos (posibilidad de retraso y de imposibilidad fortuita), por exigencia de justicia de “tratar igualmente a lo igual” o, en otros términos “*ubi eadem ratio, ídem ius*” (“a igual razón, igual derecho”)<sup>182</sup>.

En efecto, 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*. Hablo de la *posibilidad de un incumplimiento temporal* y de una *imposibilidad sobrevenida originada por caso fortuito*.

Con respecto al *incumplimiento temporal*, creo haber demostrado que este tipo de contravenciones también pueden tener lugar en obligaciones negativas, al analizar críticamente las razones fenomenológicas de aquellos autores que inadmiten la *mora* en esta clase de obligaciones<sup>183</sup>. En definitiva, es posible hablar de *incumplimientos temporales en obligaciones negativas*.

Y, por otro lado, también se ha demostrado en este trabajo<sup>184</sup> que la imposibilidad de la prestación por causa fortuita o no imputable no es una figura exclusiva de las obligaciones positivas. Por tal motivo, de entenderse aplicada la *mora* a este tipo de obligaciones, el deudor moroso asumirá los riesgos sobrevenidos que imposibilitan el cumplimiento posterior de la obligación, al amparo del art. 1336 del CC.

Ahora bien, bajo el estado actual de nuestra legislación, ¿es permisible la aplicación analógica del régimen moratorio a las obligaciones negativas?

---

<sup>181</sup> Véase el análisis crítico de las razones fenomenológicas en p. 48, *supra*.

<sup>182</sup> Cfr. LARENZ, *Metodología...*, cit., p. 374.

<sup>183</sup> Véase p.44, *supra*.

<sup>184</sup> Véase p.61, *supra*.

El art. IV TP CC establece la prohibición de aplicar por analogía una ley que *establece excepciones o restringe derechos*<sup>185</sup>. Por lo tanto, en la medida en que se entienda que la *mora* en el CC *no está prevista como excepción* ni se trata de una institución que *restrinja derechos*, puede ser aplicable a las obligaciones negativas.

En cuando al primer elemento (“norma que establece excepciones”), es evidente que el art. 1333 CC prevé la constitución en mora como una institución aplicable a nivel general, en caso de incumplimiento temporal del deudor, sin hacer distingo de obligaciones (“[i]ncurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación”)<sup>186</sup>.

Por su parte, el segundo elemento (“norma que restringe derechos”) queda resguardado en la medida en que la mora no es una institución que *restrinja* derechos al deudor. Por el contrario, es una *medida de defensa* del derecho de crédito, con la que se busca remediar una situación objetivamente injusta para el acreedor y de la cual debe responder el deudor que la ocasionó<sup>187</sup>.

Con todo lo expuesto, cabe concluir que, dado el silencio legal de nuestro CC con respecto a la *mora* en las obligaciones negativas, cabe aplicar dicha figura con base en una analogía, dada la similitud de los elementos decisivos jurídicamente entre el incumplimiento de obligaciones positivas y negativas. Es por ello, entonces, que no veo la necesidad de una

---

<sup>185</sup> Es una norma que recoge el precepto constitucional previsto en el art. 139, inc. 9 de la Constitución, que prevé como *principio de la función jurisdiccional* la “inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”. Por este motivo, ha de concluirse que el mandato recogido en ambas normas está dirigido a los tribunales de justicia o, en general, a quienes aplican el derecho. Véase HERRADA BAZÁN, V., *La exclusión de socios en la Ley General de Sociedades*, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 132.

<sup>186</sup> A diferencia, por ejemplo, del art. 1100 CC español, cuya estructura es muy similar a la del art. 1333 CC. Sin embargo, el texto español señala: “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 omisión a los obligados a “no hacer” ha motivado que buena parte de la doctrina española se oponga a la aplicación del régimen moratorio a dicho tipo de obligaciones. Véase por todos a ALBALADEJO, «Comentario al artículo 1100», cit., p. 359.

Con respecto al carácter general de una norma, véase RUBIO CORREA, “Comentario al artículo IV del Título Preliminar”, cit., pp. 43 y ss.

<sup>187</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 771.

modificación en el Código Civil actual para que sea posible la aplicación de la mora en obligaciones negativas, si son sus propias normas las que permiten esta posibilidad.

### **3.5. Utilidad de la aplicación del régimen moratorio a las obligaciones negativas**

Admitir la aplicación de la mora a las obligaciones negativas no es solo una cuestión puramente conceptual. Por el contrario, tal aplicación desplegaría, además, importantes consecuencias jurídicas a nivel práctico.

#### **3.5.1. En materia de traslado de los riesgos sobrevenidos al deudor moroso**

La mora tiene como uno de sus efectos más propios la agravación de la responsabilidad del deudor constituido en mora por los riesgos sobrevenidos fortuitos sobre la prestación debida. Y este efecto también tiene especial relevancia en el incumplimiento de obligaciones negativas.

Para explicarlo mejor, propongo el siguiente ejemplo:

Un fabricante de cerveza artesanal pacta con el dueño de una discoteca que, a partir del 1 de enero del 2018, este último se abstendrá de vender, en su establecimiento, cervezas de marca distinta a la del fabricante durante el plazo de un año, a cambio de una contraprestación mensual (pacto de exclusiva). Llegado el día de debido cumplimiento, el dueño de la discoteca se retrasa en la abstención objeto de obligación, motivado por la necesidad de seguir teniendo variedad de marcas para atraer a más clientes. Por lo tanto, incurre en mora<sup>188</sup>.

Aun con todo, el 1 de abril de ese año, el dueño de la discoteca empieza a cumplir con la exclusiva debida, razón por la cual, deberá prestarla hasta el 31 de marzo del 2019, con el fin de cumplirse el año pactado originalmente. La mora del deudor, por tanto, permanece hasta el cumplimiento de la obligación.

---

<sup>188</sup> La mora, en este caso, será automática, por efecto del art. 63 CdC, aplicable a las obligaciones mercantiles (en este caso, se trata de un contrato entre dos empresarios, insertado en la actividad mercantil de ambos). Véase p. 36, *supra*, sobre la mora mercantil.

Sin embargo, el 15 de enero del 2019, la fábrica del acreedor sufre un incendio accidental que inutilizó la maquinaria necesaria para producir y distribuir la cerveza. Por tal motivo, la obligación se hace *imposible fortuitamente*.

¿Asume responsabilidad el dueño de la discoteca (deudor) por el valor de la prestación que quedaba por cumplir (2 meses y medio de exclusiva) y por los daños que le generará al fabricante (acreedor) dicho incumplimiento?

Al tratarse de una imposibilidad sobrevenida por causa no imputable, la regla general (art. 1316 CC) es que la obligación se extinga y que el deudor quede liberado de responsabilidad. De hecho, si se asume la idea de que *la mora no es aplicable a obligaciones negativas*, el acreedor solo podría exigirle al deudor la indemnización por los daños ocasionados por la demora en la ejecución de la exclusiva (en virtud de los arts. 1159 y 1321 CC), pero no por los daños generados a partir de la imposibilidad de la prestación, ya que tal situación fue *fortuita* o debida a *causa no imputable* del deudor.

Por el contrario, *si se admite el régimen moratorio a este tipo de obligaciones*, la consecuencia cambia. En este caso, el deudor se encontraba en *mora* y, por tanto, debe responder por la imposibilidad sobreviniente, *aun cuando ella obedezca a causa que no le era imputable* (art. 1336 CC).

Ni siquiera podría liberarse de esta responsabilidad arguyendo que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque hubiese cumplido oportunamente. Ello porque, si el deudor hubiera cumplido con la exclusiva en el tiempo debido (esto es, desde el 1 de enero del 2018), la causa no imputable no habría afectado la prestación debida (la exclusiva debía terminar el 31 de diciembre de 2018, quince días antes del incendio de la fábrica).

Como se ve, la diferencia entre las consecuencias de aplicar la mora y de no hacerlo son considerables. Y, sin duda alguna, son las primeras las que mejor salvaguardan el interés del acreedor para el caso en que el deudor se haya retrasado en la ejecución de su obligación.

### 3.5.2. En materia de indemnización por daños y cláusula penal

Cabría pensar que la aplicación de la mora a las obligaciones negativas no es necesaria en materia de indemnización de daños. Y es que todo incumplimiento de una obligación negativa genera la obligación de indemnizar los daños (art. 1159 CC), tal y como sucede con el incumplimiento moratorio o definitivo en las obligaciones positivas. Por tanto, si el ordenamiento reconoce los mismos efectos indemnizatorios para ambos tipos de obligaciones, no se entendería la utilidad de reconocer un régimen especial aplicable al incumplimiento temporal en obligaciones negativas<sup>189</sup>.

Se trata, sin embargo, de una “verdad a medias”. Es cierto que tanto el incumplimiento definitivo como el moratorio dan lugar al resarcimiento de daños. Sin embargo, ello no justifica afirmar que reconocer un régimen de mora en obligaciones negativas sea estéril.

Sin duda alguna, existen importantes diferencias entre el *incumplimiento definitivo* y el *incumplimiento temporal* (el de la mora) de una obligación, no solo a nivel conceptual sino también a nivel cuantitativo<sup>190</sup>. De hecho, el CC trata a ambos fenómenos de un modo distinto en materia de *cláusula penal*.

El art. 1341 CC trata sobre la llamada “cláusula penal compensatoria”, y establece 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 prestación** y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

Por su parte, el art. 1342 CC regula la llamada “cláusula penal moratoria”, y señala que “[c]uando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto

---

<sup>189</sup> Así parece entenderlo DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora...*, cit., p. 398.

<sup>190</sup> Cfr. FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, cit., p. 255.

*determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación”.*

Nótese la diferencia entre el régimen aplicable a los incumplimientos definitivos y a los temporales. Si se asumiera la premisa de que *todo incumplimiento de obligaciones negativas es definitivo*, el acreedor de este tipo de obligaciones solo podría pactar una *cláusula penal compensatoria* o por *todo el valor de la prestación* (según el art. 1341 CC) y no una *cláusula penal moratoria* (por los daños ocasionados por el retraso) según el art. 1342 CC. Y ello porque, se entiende, si el incumplimiento es definitivo, el acreedor no podría exigir un futuro cumplimiento de la prestación y, por lo tanto, tendría que demandar siempre *la indemnización por el íntegro de la prestación*.

Obviamente este problema queda resuelto con los arts. 1158 y 1159 CC, los cuales prevén la posibilidad de que el acreedor de una obligación negativa pueda exigir el cumplimiento forzoso además de demandar por los daños del incumplimiento. Sin embargo, precisamente por ese motivo, es que resulta imperante reconocer la aplicación del régimen moratorio a las obligaciones negativas: no hacerlo supondría una *grave incongruencia normativa*.

## Conclusiones

**Primera:** El retraso en el cumplimiento de obligaciones generaba dos efectos distintos en el Derecho romano: la *mora*, que tenía como efecto la *perpetuatio obligationis* (o traslado de los riesgos sobrevenidos al deudor sobre la cosa debida) y la *indemnización* por los daños ocasionados al acreedor a causa del retraso. En ningún caso se exigía la interpelación al deudor como requisito para desplegar estos efectos.

**Segunda:** Durante el Derecho común, los glosadores propugnaron que en materia de *mora* (y su efecto de *perpetuatio obligationis*), siempre era requerida la interpelación al deudor, sea por acto del acreedor (*mora ex persona*) o por acción del tiempo (*mora ex re*). Por el contrario, para los fines de la *indemnización* por daños del retraso, la interpelación no era necesaria.

**Tercera:** A partir de la doctrina de Pothier, la *interpelación* era requisito *siempre*: ya no solo de la *mora* (y la *perpetuatio obligationis*), sino también para los fines de la *indemnización* por daños. Esto explica que en nuestro ordenamiento (como en otras codificaciones), la *constitución en mora* sea considerada como un *requisito* necesario, tanto para desplegar los efectos de la *perpetuatio obligationis* como para que el deudor se vea obligado a *indemnizar por los daños del retraso* (art. 1336 CC). Por lo tanto, el retraso sin *mora* no tiene relevancia jurídica en materia de indemnización.

**Cuarta:** Son *presupuestos* para constituir en mora al deudor la existencia de un *retraso* en el cumplimiento (o, más exactamente, la existencia de un *incumplimiento temporal*), la *imputación* de tal retraso (a título de culpa o dolo) y, eventualmente, la *interpelación*, salvo que por pacto o por ley, este último requisito no sea necesario (por ejemplo, el art. 63 CdC para las obligaciones mercantiles). Por otro lado, son *efectos* de la mora del deudor la *atribución de los riesgos sobrevenidos*, la *indemnización de los daños por el retraso* y los *intereses moratorios*..

**Quinta:** Las obligaciones negativas (también llamadas “obligaciones de no hacer”) son aquellas en las que el deudor se obliga a verificar 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. Su clasificación más tradicional las divide en obligaciones de *non facere* (no hacer) o *in patiendo* (de tolerar).

**Sexta:** La doctrina tradicional se manifiesta en contra de aplicar el régimen de mora a las obligaciones negativas, bajo la idea de que, en este tipo de obligaciones, *todo tipo de incumplimiento es definitivo*. Sin embargo, vale decir que, en la medida en que el incumplimiento de una obligación negativa no impida su futura ejecución acorde con el interés del acreedor, no puede decirse de plano que cualquier contravención es incumplimiento definitivo. Por el contrario, es *admisible* la posibilidad de que existan *incumplimientos temporales* en materia de obligaciones negativas. No hay razones de peso para que, en cuestión de incumplimientos, se trate distinto a las obligaciones positivas (dar y hacer) y a las negativas.

**Séptima:** El silencio que nuestro CC guarda con respecto a la aplicación de la mora a las obligaciones negativas y los comentarios de la Exposición de Motivos tampoco son motivo suficiente para inadmitir el régimen moratorio en ese tipo de obligaciones. Por un lado, la Exposición de Motivos, si bien es una herramienta jurídica importante en materia de interpretación, no constituye una guía vinculante para interpretar la norma en un sentido o en otro. Por otro lado, es nuestro propio CC el que, a través de algunas normas aplicables a las obligaciones negativas, reconoce la posibilidad de *cumplimientos futuros* de este tipo de obligaciones y, por lo tanto, admite los *incumplimientos temporales* que son presupuesto para la aplicación de la mora.

**Octava:** Es admisible, también, la posibilidad de que se verifiquen casos en los que una obligación negativa se hace imposible *fortuitamente*. Por lo tanto, es posible el traslado de los

riesgos sobrevenidos al deudor de una obligación negativa, cumpliéndose así con el efecto de *perpetuatio obligationis* propio de la mora.

**Novena:** La base jurídica para defender la aplicación de la mora a las obligaciones negativas es la interpretación analógica de la ley. El régimen moratorio *no es excepcional* sino general en el Derecho de obligaciones. Por otro lado, dicho régimen tampoco restringe derechos: al contrario, defiende el interés del acreedor afectado por un incumplimiento. Por estos motivos, la aplicación analógica del régimen de mora a las obligaciones negativas cumple con los requisitos previstos en el art. IV TP CC. Por tanto, no resulta necesario realizar una modificación legislativa al Código Civil para que sea posible el régimen de mora en las obligaciones negativas debido a que son sus propios dispositivos los que permiten su aplicabilidad.

**Décima:** La aplicación del régimen moratorio en obligaciones negativas es útil, al menos, en dos aspectos. En el primero, en materia de traslado de los riesgos sobrevenidos, ya que salvaguarda mejor el interés del acreedor afectado por un incumplimiento moratorio. En el segundo, en materia de cláusula penal y de indemnización por daños, ya que reconocer la mora en obligaciones negativas permite a un acreedor a demandar siempre el cumplimiento originario de la obligación, sin estar limitado a solo recibir un monto dinerario que reemplace el valor de la prestación.

### Referencias Bibliográficas

- ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al artículo 1.100”, en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1989.
- BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Madrid, 1987.
- BARAONA GONZÁLEZ, J., *El retraso en el cumplimiento de obligaciones*, Dykinson, Madrid, 1998.
- BENATTI, F., *La costituzione in mora del debitore*, Giuffré, Milán, 1968.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Las obligaciones divisibles e indivisibles”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXVI, 1973.
- CANNATA, C.A., *L'inadempimento delle obbligazioni*», 5º reimp., Cedam, Padua, 2016.
- CANNATA, C. A., “Mora (storia)”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXVI, Giuffré, Milán, 1976.
- CARDENAL FERNÁNDEZ, J., *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Montecorvo, Madrid, 1979.
- CÁRDENAS QUIRÓS, C., “La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer”, en *THEMIS Revista de Derecho*, n. 12, 1988.
- CÁRDENAS QUIRÓS, C., “La reforma del Derecho de obligaciones en el Código Civil de 1984”, en *THEMIS Revista de Derecho*, n. 60. 2011.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- CASTILLO FREIRE M., “Sobre las obligaciones y su clasificación”, en *THEMIS Revista de Derecho*, n. 66, 2014.

- CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989.
- CRISTÓBAL MONTES, A., “El régimen jurídico de las obligaciones indivisibles”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 69, n. 616, 1993.
- CORDÓN MORENO, F., *El proceso de ejecución*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Palestra Editores, Lima, 2003.
- DE PABLO CONTRERAS P., “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. 2, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, vol, 2, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., “Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 45-2, 1992.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M., *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Bosch, Barcelona, 1990.
- ESPINOZA ESPINOZA, J., *Introducción al Derecho de las obligaciones*, Instituto Pacífico, Lima, 2017.
- ESPINOZA ESPINOZA, J., “La mora”, en *THEMIS Revista de Derecho*, n. 68, 2015.
- FERRER DE SAN-SEGUNDO, M. J., *La obligación negativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983.

- HERRADA BAZÁN, V., “Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias)”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, n. 1, 2017.
- HERRADA BAZÁN, V., *La exclusión de socios en la Ley General de Sociedades*, Gaceta Jurídica, Lima, 2017.
- HERRADA BAZÁN, V., *La mora y su problemática en las operaciones comerciales*, tesis doctoral en elaboración, *pro manuscripto*, versión 2018.
- INFANTE RUIZ, F. J., *Contrato y término esencial*, La Ley, Madrid, 2008.
- KASER, M., *Roman Private Law*, traducción de *Römisches Privatrecht*, por Rolf Dannenbring, Butterworths, Durban, 1965.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. 1, vol. 1, 4º ed., Dykinson, Madrid, 2006.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4º ed., Ariel, Barcelona, 2010.
- LUNA VICTORIA LEÓN, C., “Código civil de 1852: lo nacional y lo importado”, en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 42, 1988.
- MONTEL, A., *La mora del debitore*, Cedam, Padua, 1930.
- OSTERLING PARODI, F., “La mora del deudor”, en *THEMIS Revista de Derecho*, n. 8, 1987.
- OSTERLING PARODI, F. *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*, en SOTO COAGUILA, A. (Dir.) Vol. 1, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M., “Comentario al artículo 1336” en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. 6, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREIRE, M., “La mora”, en *Revista Ita Ius Esto*, n. 5, 2010.
- OSTERLING PARODI F. y CASTILLO FREIRE M., *Tratado de las obligaciones*, 1º parte, t. 2, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial, Lima, 1994.

- MARTÍN PÉREZ, A. “Comentario al artículo 1099”, en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, EDERSA, 1989.
- MOISSET DE ESPANÉS, L., “Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 238, vol. I, 1975.
- MOISSET DE ESPANÉS, L., “La mora en el Código Civil peruano de 1984”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 49, n. 2, 1996.
- PALACIO PIMENTEL, H. G., *Las obligaciones en el Derecho civil peruano*, Editorial Huallaga, Lima, 2006.
- PALAU RAMÍREZ, F. y otros, “Presupuesto y efectos de la mora”, en PALAU RAMÍREZ, F. y VICIANO PASTOR, J., *Tratado sobre la Morosidad*, Thomson Reuters, Navarra, 2012.
- PEÑA ROMERO, K., *El pacto de exclusiva*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- REVOREDO DE DEBAKEY D. (comp.), *Código Civil V.5, exposición de motivos y comentarios*, Artes Gráficas de la Industria Avanzada, Lima, 1985.
- RUBIO CORREA, M., “Comentario al artículo IV del Título Preliminar”, en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. 1, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- RUIZ-RICO RUIZ, J., “Comentario al artículo 1.108”, en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1989.
- TORRES VÁSQUEZ, A., *Teoría general de las obligaciones*, vol. 2, Instituto Pacífico, Lima, 2014.
- ZIMMERMANN, R., *The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta-Beck, Ciudad del Cabo-Munich, 1990.