

## LA MORA en las OBLIGACIONES DE NO HACER (\*)

por  
Luis MOISSET de ESPANÉS

---

### SUMARIO:

Palabras preliminares

I.- Introducción.

II.- Cumplimiento; cumplimiento parcial o defectuoso; mora e incumplimiento.

III.- Obligaciones de no hacer. Diferentes tipos.

IV.- Las obligaciones de no hacer y el incumplimiento.

V.- Las obligaciones de no hacer y la mora.

VI.- Conclusiones.

APÉNDICE I.- Evolución del pensamiento en la doctrina argentina

APÉNDICE II.- La repercusión en España.

APÉNDICE III.- El Código peruano de 1984, y algunas posiciones doctrinarias.

Palabras finales

---

(\*) Este capítulo ha sido reelaborado sobre la base de dos trabajos, titulado el primero "Las obligaciones de no hacer y la mora", (Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1974, p. 676); y el segundo: "Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer" (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1975, N° 4, p. 345), y se han agregado textos y notas de actualización.

**Palabras preliminares**

Nos resulta sumamente grato destacar la repercusión que las ideas expuestas en este trabajo han tenido tanto en España como en Argentina; pero, más aún, la influencia que han ejercido en la doctrina peruana, en especial a partir de los estudios que sobre este tema efectuó Carlos Cárdenas Quirós.

Hemos destinado, pues, sendos apéndices a la evolución que el problema ha tenido en los mencionados países.

Sin duda el lector podrá reprocharnos estas expresiones como reflejo de cierta vanidad personal, razón por la cual, siguiendo los consejos que nos ha dado desde el cielo José María Chico<sup>1</sup>, nos encargaremos sin dilación a aplicarle paños de agua fría. La verdad es que al retomar nuestras investigaciones para corregir los distintos capítulos de este libro he hallado que tanto en la doctrina francesa, como en la italiana, hubo quienes se nos anticiparon a señalar la posibilidad de la existencia de mora en las obligaciones con prestaciones negativas.

En Francia encontramos la opinión de André TUNC, expresada en una nota de la 5ª edición del Tratado de Responsabilidad Civil de los hermanos MAZEAUD, cuya actualización, realizada en 1957, estuvo a su cargo. Existe de esa obra una excelente traducción al castellano, que apareció en 1977 que es la consultada en este caso<sup>2</sup>. Luego de reproducir en el N° 2274 la opinión clásica de que en las obligaciones negativas no existe la posibilidad de mora, porque "la acción del deudor ha infringido definitivamente la obligación de no hacer", destaca en una nota que:

*"Aun siendo tradicional, ese argumento no es incontrovertible. La culpa y el perjuicio pueden ser inciertos, tanto en las obligaciones negativas como en las obligaciones positivas; la*

---

1. Ver nuestro "Desventuras de Crítico y Cuadros de la Hostería", ed. Zavalía, Buenos Aires, 2001, p. 30. Allí José María Chico, en un correo electrónico que me envía desde las Moradas Celestiales, me reprocha mi vanidad, diciéndome:

"No me corresponde anticiparte cuál será tu destino, pero puedo señalar que aunque en el Paraíso tengo por compañeros a algunos que fueron vanidosos, para que San Pedro los admitiese fue menester que mediase en vida arrepentimiento sincero y enmienda efectiva, a lo que luego se sumó, en casi todos los casos, una temporada en el Purgatorio.

Alguno de ellos me ha comentado que la mejor forma de enmienda fue aprender a reírse de si mismo".

2. Henri y Leon MAZEAUD, y André TUNC, "Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual" (trad. Al castellano de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1977.

*buena fe del deudor incurso en culpa, puede ser igual en unas y otras*"<sup>3</sup>.

Lo más interesante, a nuestro criterio, es el ejemplo con que ilustra su pensamiento, que coincide precisamente con el que sirvió como punto de partida para nuestra investigación. Dice TUNC:

*"El vendedor de un fundo de comercio, por ejemplo, puede estimar que, al reanudar a cierta distancia una actividad parecida a la que ejercía en su establecimiento, no comete culpa alguna con respecto al adquirente del suyo y que no le causa ningún perjuicio. Si el comprador estima, por el contrario, que esa actividad lo perjudica, ¿es normal que, sin previa constitución en mora, pueda preparar los antecedentes y reclamar por daños y perjuicios?"*<sup>4</sup>.

Es cierto que, por tratarse de una obra de responsabilidad civil no se extiende más sobre este punto, pero el pensamiento allí esbozado constituye un antecedente de importancia.

Por su parte en la doctrina italiana MOSCO había sostenido la posibilidad de existencia de mora en obligaciones de ejecución continuada cuando, pese a la violación, no es imposible un cumplimiento tardío. La obra italiana original data de 1950, y hay dos traducciones al castellano<sup>5</sup>; hemos recurrido a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, que en su excelente biblioteca tiene tanto la edición italiana como una de las traducciones al castellano, y tuvo la gentileza de respondernos de inmediato<sup>6</sup>; algunas horas después el esposo de Aída, Nedo Carlucci, me suministró una serie de datos complementarios sobre las traducciones de esa obra al castellano.

3. Obra citada en nota anterior, Tomo 3-1, N° 2274, nota 4, p. 441.

4. Obra y lugar citados en nota anterior.

5. El pensamiento de MOSCO, es citado por Jesús CARDENAL FERNÁNDEZ, con los siguientes datos: "La resolución de los contratos por incumplimiento", Barcelona, 1962, N° 21, cap. V, p. 45.

El Dr. Nedo CARLUCCI acota que fue publicada por la editorial Nereo.

6. En correo electrónico que nos remitió el día 26 de diciembre de 2005, nos dice: "Tenemos la obra de Mosco en italiano (Jovene, 1950) y la traducción al castellano... Barcelona, ed. Dux, (sin fecha). Te transcribo, textualmente, la versión española n° 21 pág. 76 (Cap. V)...".

Por su parte Nedo Carlucci, en la misma fecha, acota que esa edición lleva un apéndice sobre "La condición resolutoria tácita (art. 1124 del C.C.) por José J. Pinto Ruiz"; y la edición de 1962 "... tiene notas sobre legislación española de Jose Salamero Cardo". Agradezco a ambos su aporte.

MOSCO, luego de referirse a casos en los cuales el cumplimiento tardío ya no resulta posible, porque elimina toda posibilidad de satisfacción del interés del acreedor, en relación con el objeto de nuestro estudio expresa:

*"Dejando para lugar oportuno mayores indagaciones sobre la institución del término esencial, recordemos otro tipo de obligación que presenta notable afinidad con aquélla: la obligación negativa de ejecución instantánea. En efecto, un comportamiento negativo del deudor en un tiempo posterior al designado por la relación obligatoria no satisface ya en modo alguno el interés del acreedor, quedando excluida toda posibilidad de cumplimiento tardío. Pero si se trata de una obligación negativa de ejecución continuada, no siempre el acto positivo que la viola, excluye la posibilidad de dicho cumplimiento. Por tanto, si el acto positivo tiene un efecto transitorio, como por ejemplo cierre momentáneo del establecimiento comercial o alteración de la sustancia de la cosa objeto de la relación de goce, pero sin efecto que perdure, podrá existir incumplimiento tardío solamente en cuanto el acto no excluya la confianza en los sucesivos cumplimientos"*<sup>7</sup>.

Esboce desde ya el lector una sonrisa a costa nuestra. No hemos descubierto la pólvora; es posible que a estos aportes se sumen otros que desconocemos. De cualquier forma creemos que resultan suficientes para demostrar que con anterioridad a nuestro trabajo hubo otros juristas que atisbaron la posibilidad de que existiese mora en algunas hipótesis de obligaciones de no hacer.

---

## I.- Introducción.

El Código civil francés, apartándose del sistema consagrado por el Derecho Romano y las Leyes de Partida, donde regía la regla

---

7. Ver MOSCO, traducción y lugar citados en nota anterior. Agrega allí otras hipótesis que no reproducimos para no hacer demasiado extensa la cita.

"dies interpellat pro homine", consideró conveniente consagrar la mora "ex persona" <sup>8</sup>.

Este modelo hizo sentir su influencia sobre casi todas las codificaciones del siglo pasado, algunas de las cuales ya no tienen vigencia, como la de Nápoles (artículo 1093) y Cerdeña (artículo 1232), y otras han subsistido hasta hoy, como los Códigos civiles de Mónaco <sup>9</sup> y Holanda <sup>10</sup>, cuyas normas reproducen casi literalmente el modelo francés; las mismas características tienen en América los Códigos de Bolivia <sup>11</sup> y de Haití <sup>12</sup>.

También dejó sentir su influencia en proyectos como el español de 1851, aunque con modalidades propias, pues en él se estipula la mora "**ex re**" cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la época en que debía cumplirse fue un motivo determinante <sup>13</sup>. Este dispositivo terminó siendo incluido en el Código

<sup>8</sup> **Código civil francés:** "Art. 1139.- El deudor queda constituido en mora sea por el requerimiento u otro acto equivalente, sea por efecto de la convención de las partes, cuando ellas establezcan que la caducidad del término, sin necesidad de ningún requerimiento, producirá la mora del deudor".

<sup>9</sup> **Código de Mónaco:** "Art. 994.- El deudor está constituido en mora, sea por requerimiento u otro acto auténtico equivalente, sea por efecto de la convención cuando ella establezca que sin necesidad de requerimiento y por la sola caducidad del término, el deudor cae en mora".

<sup>10</sup> **Código civil de Holanda:** "Art. 1273.- El deudor está constituido en mora sea por requerimiento u otro acto equivalente, sea por efecto de la propia convención, cuando ella establezca que el deudor cae en mora por el solo vencimiento del tiempo fijado".

<sup>11</sup> **Código civil de Bolivia (viejo):** "Art. 730.- El obligado se hace moroso siempre que haya habido requerimiento por parte del acreedor u otro acto equivalente, o cuando se ha pactado que sin necesidad de acto alguno y por sólo el transcurso del término sea constituido en mora".

<sup>12</sup> **Código civil de Haití:** "Art. 930 (idéntico al artículo 1139 del Código civil francés)".

<sup>13</sup> **Proyecto español de 1851:** "Art. 1007.- Para que el obligado a entregar una cosa incurra en mora, debe mediar el requerimiento por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes:

1) Cuando en el contrato se haya estipulado expresamente que el vencimiento del plazo lo produzca, sin necesidad de requerimiento.

2) Cuando de la naturaleza y circunstancias del contrato resulte que la designación de la época en que debía entregarse la cosa fue un motivo determinante, por parte del que había de recibirla, para celebrarlo.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le es respectiva.

Cuando hay mora por parte de los dos contratantes, perjudica la posterior."

español <sup>14</sup>, e inspiró las normas que sobre el particular se incorporaron en numerosos códigos americanos, entre los cuales podemos mencionar los de Puerto Rico <sup>15</sup>,

---

<sup>14</sup> **Código civil de España** "Art. 1100.- Incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extra judicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1) Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.

2) Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro".

<sup>15</sup> **Código civil de Puerto Rico**: El artículo 1053 es idéntico al artículo 1100 español.

Uruguay <sup>16</sup>, Perú <sup>17</sup>, Guatemala <sup>18</sup>, y el viejo artículo 509 del Código civil argentino <sup>19</sup>, modificado luego por la ley 17.711, que ha variado totalmente el sistema, adoptando la mora automática.

Con motivo de la mencionada reforma publicamos un artículo sobre el régimen de la mora en el derecho civil argentino, en el que expresamos que "el incumplimiento de las obligaciones de no hacer debe provocar automáticamente la mora" <sup>20</sup>. Quizá por tratarse de una

<sup>16</sup> **Código civil de Uruguay:** "Art. 1336.- El deudor cae en mora, sea por interpelación judicial o intimación de la protesta de daños y perjuicios, sea por la naturaleza de la convención, o por efecto de la misma cuando en ella se establezca que el deudor caiga en mora por el solo vencimiento del término".

<sup>17</sup> **Código civil del Perú de 1936:** "Art. 1253.- Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extra judicialmente el cumplimiento de su obligación.

Empero no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

- 1) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- 2) Cuando de su naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación".

**Código civil del Perú de 1984:** El art. 1333, en su primera parte, reproduce literalmente la antigua norma, pero se han agregado dos incisos:

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

- 4) Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor".
- Se refiere también a la constitución en mora del deudor, en las obligaciones de dar sumas de dinero, el artículo 1334.

<sup>18</sup> **Código civil de Guatemala:** "Art. 1428.- El deudor de una obligación exigible se constituye en mora por la interpelación del acreedor".

"Art. 1430.- El requerimiento para constituir en mora al deudor o al acreedor, debe ser judicial o notarial. La notificación de la demanda de pago equivale al requerimiento".

"Art. 1431.- No es necesario el requerimiento:

- 1) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- 2) Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación de la época en que debía cumplirse la prestación, fue motivo determinante para que aquella se estableciera.
- 3) Cuando el cumplimiento de la obligación se ha imposibilitado por culpa del deudor, o éste ha declarado que no quiere cumplirla, y
- 4) Cuando la obligación procede de un acto o hecho ilícito".

<sup>19</sup> **Código civil argentino** (antiguo art. 509): "Para que el deudor incurra en mora, debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes:

1º) Cuando se haya estipulado expresamente que el vencimiento del plazo la produzca.

2º) Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación fue un motivo determinante por parte del acreedor".

<sup>20</sup> "La mora y la reforma al artículo 509 del Código civil argentino", J.A., 1968-V-794 y ss. En especial apartado VIII, punto b, p. 802, y en el Capítulo V de este libro, p. ..

Dijimos en esa oportunidad que: " ... Tampoco en este caso la omisión de un texto es demasiado grave, pues aunque algún autor haya expresado que sería

referencia incidental, y en atención a que entendíamos que no había variado el régimen jurídico aplicable a las obligaciones de no hacer, pecamos por apresuramiento y no nos detuvimos a analizar el problema con el detenimiento que hubiera merecido, ni ilustramos con ejemplos nuestras afirmaciones, como hubiera sido conveniente.

Algunos trabajos publicados posteriormente, donde se hizo referencia a nuestra afirmación <sup>21</sup>, nos han obligado a volver sobre el tema para exponer en detalle las razones que nos impulsan a sostener que se incurre en una omisión cuando la ley no contempla la hipótesis de las obligaciones de no hacer, con relación a la mora.

En primer lugar deseamos señalar que uno de los autores de la reforma del Código civil argentino, BORDA, con el afán -muy justificable, por cierto- de defender su obra, ha sostenido que no hay tal omisión, ya que en las obligaciones de no hacer nunca hay mora, sino solamente incumplimiento<sup>22</sup>, que es la posición que con posterioridad ha adoptado el nuevo Código de Bolivia<sup>23</sup>. Luego otros juristas, de aguda inteligencia, han expuesto una tesis semejante <sup>24</sup>, pero, desgraciadamente esos autores se han limitado a afirmar la imposibilidad de que exista mora en las obligaciones de no hacer, sin brindarnos ningún argumento, ni ahondar en el análisis del problema.

---

necesaria la interpelación, la jurisprudencia es pacífica y siempre ha interpretado que la sola violación de la obligación de no hacer provocaría la mora del deudor".

<sup>21</sup> Guillermo A. BORDA: "La mora", E.D. 29 - 751, y Patricio RAFFO BENEGAS y Rafael A. SASSOT: "Apuntes civiles. Mora", J.A., Doctrina 1970, p. 765.

<sup>22</sup> Guillermo A. BORDA: trabajo citado en nota anterior, en especial N° 14, p. 760 y 761:

"... Pensamos que hubiera sido un verdadero error de técnica legislativa establecer una norma tan superflua como sería la que dispusiera que en este caso no era necesaria la interpelación. ... cuando se hace algo que se prometió no hacer, no hay una conducta morosa, sino una conducta contraria a lo pactado, de tal modo que el cumplimiento se ha vuelto imposible".

<sup>23</sup> **Código de Bolivia de 1975.**- "Artículo 343 (*Obligaciones de no hacer*).- Las disposiciones sobre la mora son inaplicables a las obligaciones de no hacer; cualquier hecho que contravenga a éstas importa incumplimiento".

<sup>24</sup> RAFFO BENEGAS y SASSOT: "Si el deudor ejecuta el hecho prohibido, su actitud equivale lisa y llanamente al incumplimiento de la obligación, razón por la cual no le son aplicables las disposiciones sobre la mora.

... La ley 17.711 no incurre aquí en una omisión como señala un autor. No se trata de un supuesto de mora, sino de incumplimiento y, por tanto, no era necesario mencionarlo en el artículo 509, que sólo se refiere a la primera. La obligación se resuelve en estos casos en el pago de daños y perjuicios" (trabajo citado en nota 14, p. 767).



No ignoramos que estas afirmaciones cuentan con el sustento de vieja y prestigiosa doctrina civilista, tanto nacional como extranjera. Vemos así, en el derecho argentino, que nuestro maestro Pedro LEÓN, sostenía en sus clases que "en las obligaciones de no hacer deben descartarse de manera absoluta todas las disquisiciones concernientes a la mora, porque ya no cabe considerar el atraso, el retardo, la demora del deudor que es desidioso o despreocupado en el cumplimiento de la obligación" <sup>25</sup>. Para el maestro cordobés sólo podía hablarse de uno u otro extremo: o el deudor cumple, o el deudor viola la obligación. Un principio de ejecución de lo que el deudor se comprometió a no hacer, es decir, la realización de la actividad prohibida, no significaría incurrir en mora, sino violar la obligación; se trataría, pues, de un caso de inejecución.

Inspirados por idénticos argumentos, sea que los desarrollen o no, encontramos en la doctrina argentina las afirmaciones de

---

<sup>25</sup> Pedro LEÓN: "Apuntes de obligaciones" (versiones taquigráficas de clases), ed. Tapas, Córdoba, 1969, T. 3, p. 151.

BORDA<sup>26</sup>, BUSSO<sup>27</sup>, CAZEAUX y TRIGO REPRESAS<sup>28</sup>, COLMO<sup>29</sup>, LAFAILLE<sup>30</sup>, SALVAT<sup>31</sup>; y autores de otras nacionalidades, para solo mencionar algunos, los españoles CASTÁN TOBEÑAS<sup>32</sup>, ALBALADEJO<sup>33</sup>, HERNÁNDEZ GIL<sup>34</sup>; los

---

<sup>26</sup> Guillermo A. BORDA: Trabajo citado en nota 14, en especial N° 14, p. 760; aunque esto significa rectificar totalmente la posición sostenida en su "Tratado ... - Obligaciones", 2ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1967, donde entre las hipótesis de mora automática coloca a "las obligaciones de no hacer, cuando el deudor ha hecho lo que no debía" (tomo I, N° 70, p. 71).

<sup>27</sup> Eduardo B. BUSSO: "Código civil anotado", Ediar, Buenos Aires, 1949, tomo III, art. 509, N° 115, p. 268, quien nos dice que en las obligaciones de no hacer "la contravención cometida por el deudor hace imposible el cumplimiento (por ejemplo, la obligación de no publicar un aviso, o de no difundir cierta propaganda en una fecha determinada)"; y en el tomo IV, arts. 633 y 634, N° 3, p. 378 y ss., donde matiza su opinión refiriéndose a "incumplimientos parciales de las obligaciones de no hacer".

<sup>28</sup> Pedro N. CAZEAUX y Félix A. TRIGO REPRESAS: "Derecho de las obligaciones", ed. Platense, La Plata, 1969, T. I, p. 497.

Hay cierta vacilación en esta obra, pues se expresa: "... la sola ejecución del hecho a cuya abstención se ha comprometido el deudor, lo constituye en mora. ... La razón de que así sea radica en que, en esta hipótesis, al ejecutarse el hecho la violación no significa un retardo, sino la inejecución absoluta".

<sup>29</sup> Alfredo COLMO: "Obligaciones", 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1961.

Como el punto no está expuesto con suficiente claridad, de sus palabras podrían extraerse argumentos para afirmar que sostenía la "mora automática", pero una atenta lectura del párrafo 366 de esta obra (p. 249 y 250), nos lleva a la conclusión de que Colmo pensaba que "el cumplimiento (no hacer) es inconcebible, desde que ya está hecho lo contrario", o -en otras palabras- que la violación de una obligación de no hacer entraña "incumplimiento" y no "mora", razón por la cual resulta innecesaria la interpelación.

<sup>30</sup> Héctor LAFAILLE: "Tratado de las Obligaciones", Ediar, Buenos Aires, 1950, T. II, N° 963, p. 90 y nota 199.

<sup>31</sup> Raymundo M. SALVAT: "Obligaciones en general" (anotada por Galli), 6ª ed., Tea, Buenos Aires, N° 552, p. 478.

<sup>32</sup> José CASTÁN TOBEÑAS: "Derecho civil español", T. III ("Obligaciones"), 10ª ed., Reus, Madrid, 1970: "... en las obligaciones de no hacer no cabe la mora. Así se infiere, a contrario sensu, del artículo 1100 del Código civil" (p. 162).

<sup>33</sup> Manuel ALBALADEJO: "Instituciones de Derecho civil - Parte General y Obligaciones", Bosch, Barcelona, 1960: "La mora sólo es posible en las obligaciones de dar o de hacer, ya que en las de no hacer la realización de lo prohibido constituye incumplimiento y no retraso" (p. 575, nota 1).

<sup>34</sup> Antonio HERNÁNDEZ GIL: "Derecho de Obligaciones", Madrid, 1960, nos dice: "Todo acto positivo que resulte prohibido a consecuencia del deber de omisión asumido, no es parcial cumplimiento del deber de omisión, sino incumplimiento" (p. 166).

italianos GIORGI <sup>35</sup> y MESSINEO <sup>36</sup>; el suizo Von THUR <sup>37</sup>, y los portugueses PIRES LIMA y ANTUNES VARELA <sup>38</sup>.

Sin embargo, ya hemos dicho en alguna oportunidad que la autoridad de los maestros no debe intimidarnos <sup>39</sup>, y si creemos que existe un defecto en las construcciones, es menester indagar pacientemente hasta encontrar la solución correcta <sup>40</sup>, máxime si -como ocurre en este caso- las razones que esgrime la doctrina no resultan convincentes, ni excluyen la posibilidad de que se presenten situaciones de mora en las obligaciones de no hacer.

Es menester recordar que la investigación en el campo de las ciencias jurídicas tropieza con numerosas limitaciones, surgidas

<sup>35</sup> Jorge GIORGI: "Teoría de las obligaciones" (traducción al castellano), Reus, Madrid, 1928, T. II, N° 46, p. 89: "... no se concibe la mora en las obligaciones de no hacer".

<sup>36</sup> F. MESSINEO: "Manual de Derecho civil y comercial" (traducción al castellano), Ejea, Buenos Aires, 1955, T. IV, N° 7, p. 226: "... la ley (art. 1222) excluye que, a los efectos del incumplimiento de la obligación negativa sea necesario recurrir a las normas sobre la mora, en cuanto considera incumpliente al deudor **por la sola circunstancia** de que él hace lo que no debería hacer".

<sup>37</sup> A. Von THUR: "Tratado de las obligaciones" (traducción al castellano), Reus, Madrid, 1934, T. II, p. 45 y 46: "Hay ciertas obligaciones... que sólo pueden cumplirse en el momento que el contrato señala. El retraso en cumplir estas obligaciones no constituye ya mora, sino imposibilidad de la prestación, razón por la cual no puede exigirse ni ofrecerse al deudor su cumplimiento. **Lo mismo ocurre cuando se trata de obligaciones que versan sobre una abstención**".

Y en la nota 3 de la p. 46 sostiene que quien viola una prohibición debe resarcir los daños producidos por el **incumplimiento** y la consiguiente imposibilidad de la prestación.

<sup>38</sup> Fernando Andrade Pires LIMA, y Joao de Matos Antunes VARELA: "Código civil anotado", Coimbra editora, Coimbra, 1968, T. II, N° 1, p. 49: "No hay mora del deudor, sino incumplimiento definitivo, cuando se trata de una prestación de contenido negativo, de un **non facere**, porque en este caso se realiza una violación efectiva".

<sup>39</sup> Ver nuestro "Las obligaciones naturales en el Derecho civil argentino", Biffignandi, Córdoba, 1967, p. 28, nota 39, donde expresamos: "Queremos aquí rendir homenaje a LEÓN, verdadero **maestro**, en toda la acepción del vocablo, no sólo por los conocimientos que nos inculcaba, sino por la lección que para nosotros significó que jamás solicitara un asentimiento servil a sus opiniones o doctrinas. Antes bien, siempre procuró incitarnos a disentir, para obligarnos a discutir y razonar mejor, porque consideraba que esta contraposición de ideas era la mejor gimnasia intelectual para quien se dedica a las disciplinas jurídicas".

<sup>40</sup> Ver nuestro "Relaciones entre el adquirente que soporta una acción revocatoria y el enajenante fraudulento (Reflexiones inspiradas a un profesor por un alumno)", Bol. Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba (Argentina), año XXXI, 1967, N° 1-3, p. 371: "... muchos de los conocimientos que consideramos adquiridos tienen fundamentos erróneos, y por ello con frecuencia es necesario replantearse los problemas en que surgen dudas..." (p. 377).

de nuestra propia naturaleza humana y del hecho de que el objeto de nuestro estudio son las relaciones sociales, sobre las que no podemos actuar a voluntad repitiendo los fenómenos cuantas veces deseemos, como puede hacerse en las ciencias de la naturaleza <sup>41</sup>. Por eso con frecuencia, nuestro trabajo se basa en un número limitado de hipótesis<sup>42</sup>, de las que extraemos conclusiones valederas "para esos casos", pero que nosotros generalizamos, como si no hubiese ninguna otra posibilidad fáctica. Y procuraremos demostrar que eso es, precisamente, lo que ha ocurrido con relación a las obligaciones de no hacer y a la mora, ya que la mayor parte de la doctrina se ha limitado a analizar ejemplos escolásticos de obligaciones de no hacer en los que -tienen razón- su violación acarrea siempre el incumplimiento.

Ocurre algo semejante a lo que sucedería si en las obligaciones a plazo estudiásemos únicamente aquellas que tienen plazo esencial: ¡extraeríamos una conclusión errónea si afirmásemos que "**en todas** las obligaciones a plazo" no hay mora, sino incumplimiento!

## II.- Cumplimiento; cumplimiento parcial o defectuoso; mora e incumplimiento.

Si deseamos llegar a conclusiones correctas y no incurrir en malos entendidos, será menester efectuar algunas precisiones terminológicas, para ponernos previamente de acuerdo sobre lo que se entiende técnicamente por mora, incumplimiento, cumplimiento parcial y cumplimiento defectuoso.

Luego de un breve análisis de estos términos, que estimamos imprescindible, deberá indagarse sobre la distinta naturaleza de las abstenciones prometidas por el deudor, vinculándolas con las particulares características que en cada caso tiene el hecho o situación violatoria de la conducta prometida.

**Cumplimiento**, en sentido estricto, es solamente aquel que se produce del modo debido, en el tiempo y lugar debidos, y cualquier alteración en la forma del cumplimiento sería, genéricamente, un

---

<sup>41</sup> Ver nuestro "Algunos problemas vinculados con la investigación en las ciencias jurídicas", Revista del Notariado, Buenos Aires, N° 733, p. 57 a 94, en especial capítulo II, p. 58.

<sup>42</sup> Ver trabajo citado en nota anterior, capítulo V, apartado c (la originalidad), p. 80 a 83.

incumplimiento. Tomado el vocablo en este sentido, la mora también sería una forma de incumplimiento, ya que la prestación, aunque llegue a ejecutarse, no lo habrá sido de manera exacta, en tiempo propio. Pero debemos recordar que los vocablos **incumplimiento** y **mora** tienen en el lenguaje técnico significados más precisos, que deben deslindarse.

El vocablo **incumplimiento** se reserva para aquellas hipótesis en las cuales ya no es posible ejecutar la prestación debida o, aunque se la pueda realizar, ya no va a satisfacer el interés jurídico del acreedor <sup>43</sup>. Un ejemplo de esta última hipótesis lo tenemos, precisamente, en los casos de "plazo esencial" que mencionábamos más arriba, ya que si una modista se ha comprometido a confeccionar el vestido de boda de la novia y la ceremonia debe efectuarse el día 10 de febrero, aunque con posterioridad a esa fecha sea "materialmente posible" la entrega del traje, la desposada ya no tiene "interés" en que se realice la prestación y estamos frente a un caso de "incumplimiento" por inutilidad de la prestación.

Entre el cumplimiento perfecto y el incumplimiento total encontramos una serie de matices, entre los cuales uno de los más importantes es el de la situación jurídica de mora. Decimos que hay mora cuando, pese al retardo en el cumplimiento, todavía resulta posible -y útil para el acreedor- que se ejecute la prestación de manera total <sup>44</sup>.

En el cumplimiento parcial, como su nombre lo dice, sólo se ha ejecutado una fracción de la prestación; y en el cumplimiento defectuoso la prestación se ha efectuado íntegramente, pero con imperfecciones, como podría ser la entrega de animales enfermos, que pueden contagiar la hacienda del acreedor. Acotemos, de paso, que estas formas incompletas de cumplimiento, que en el derecho alemán

---

<sup>43</sup> Conf. J. de Matos Antunes VARELA: "Das Obrigações em geral", Liv. Almedina, Coimbra, 1970: "Hay casos en que no habiéndose efectuado la prestación, no es ya realizable porque se tornó **imposible**, o porque **perdió su interés** para el acreedor.

<sup>44</sup> Conf. Diego ESPÍN CÁNOVAS: "Manual de Derecho civil - Obligaciones y contratos", 2ª ed., ed. Rev. Der. Privado, Madrid, 1961, p. 240: "... el mero retraso da lugar tan sólo a un incumplimiento temporal, que no impide el ulterior cumplimiento" y J. de Matos Antunes VARELA (obra y lugar citados en nota anterior).

suelen denominarse "violación positiva del crédito" <sup>45</sup>, no están contempladas en el Código civil argentino, y han sido muy poco estudiadas por nuestra doctrina. La jurisprudencia -por razones prácticas- suele recurrir al régimen jurídico de la mora, y aplicarlo por analogía.

### III.- Obligaciones de no hacer. Diferentes tipos.

Las prestaciones negativas, al igual que las positivas, pueden consistir en un hecho único, de cumplimiento instantáneo, o de muy breve duración temporal <sup>46</sup>, como en el caso de quien se obliga a ejecutar una pieza musical (obligación positiva), o de quien se compromete a no asistir a un determinado acontecimiento, reunión o espectáculo (abstención única o instantánea).

Sin embargo, con más frecuencia, las prestaciones negativas consisten en una abstención continuada <sup>47</sup>, que tiene una proyección temporal bastante dilatada, a tal punto de que podríamos hablar de esa abstención como de una "situación" permanente, aunque es menester destacar que estas abstenciones siempre deben tener un límite en su duración, y no pueden ser tan prolongadas que afecten la libertad del sujeto. ¡Recordemos que todo vínculo obligatorio es, por su naturaleza, temporal, y las prestaciones negativas no constituyen excepción a esta regla!

Dentro de las situaciones de abstención haremos una subdivisión, distinguiendo aquellas que tienen por objeto la suspensión de una actividad que el sujeto realizaba de manera habitual, de las promesas de abstención que vienen a dar carácter jurídico a una pasividad del sujeto, que no estaba realizando la actividad que promete no ejecutar.

---

<sup>45</sup> Suele afirmarse que esta construcción tiene su origen en las investigaciones del berlinés Hermann STAUB, y en ellas se comprenden numerosas violaciones de los deberes surgidos de una relación contractual, por ejemplo la actitud del empleado que revela secretos del negocio, o la del hotelero que sirve alimentos en mal estado. Queda también comprendida entre "las violaciones positivas del crédito" la ejecución de los actos que estaban prohibidos por una obligación de no hacer (ver J. W. HEDEMANN: "Obligaciones", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, p. 184 y 185).

<sup>46</sup> Véase A. Von THUR: "Obligaciones" (traducción al castellano), Reus, Madrid, 1934, T. I, p. 37.

<sup>47</sup> Autor y lugar citados en nota anterior.

Procuraremos ilustrar ambas hipótesis con algún ejemplo:

a) Un sujeto que es fumador habitual, se compromete a dejar de fumar por un mes, o por un año; su prestación consiste en la suspensión de una actividad.

b) Un sujeto que nunca ha fumado, promete continuar sin fumar durante un mes, o durante un año; o también, un vecino, que no impedía el goce del panorama a su colindante, se compromete a continuar en esa situación de pasividad, sin alzar construcciones que obstaculicen la vista, durante un cierto período.

Sintetizaremos lo expuesto en un cuadro sinóptico:

	Prestación única o instantánea	
Obligaciones de no hacer	Situaciones de pasividad permanente	Continuación de la inactividad del sujeto  Suspensión de una actividad

#### IV.- Las obligaciones de no hacer y el incumplimiento.

Cuando la obligación de no hacer consiste en abstenerse de una sola actividad, de carácter instantáneo, y el sujeto ejecuta el acto prohibido, resulta evidente que estamos frente a una hipótesis de incumplimiento.

Este tipo de abstenciones, por su propia naturaleza, no admite la posibilidad de mora. Así, por ejemplo, si alguien se compromete a no asistir a los actos públicos que se efectuarán el 9 de Julio, con motivo de la celebración de la Independencia, y concurre, podemos afirmar que ha incurrido lisa y llanamente en incumplimiento; y lo mismo sucede si se prometió no hachar un árbol, y se lo tala, para mencionar el viejo ejemplo que suele encontrarse en casi todos los libros de texto. Ni siquiera es admisible pensar en deshacer lo hecho, y la violación de la promesa es total.

En segundo lugar, si la obligación contraída es de aquellas que significan continuar con la situación de pasividad en que se encontraba el deudor, y luego de un tiempo se ejecuta el hecho prohibido, estaremos frente a una hipótesis de "cumplimiento parcial", que -como lo hemos visto más arriba- es una de las formas del incumpli-

miento, pero que presenta algunos matices diferenciales, ya que será necesario distinguir dos casos:

1) Aquel en que al acreedor ya no le interesa que continúe la abstención, puesto que una sola violación debe equipararse al incumplimiento.

2) El acreedor desea continuar gozando de la abstención, y es posible deshacer lo hecho, caso en el cual será de aplicación lo que prevé el artículo 633: "Si el hecho fuere ejecutado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiese hecho, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor".

De esta forma el acreedor continuará obteniendo la satisfacción de su interés y, al mismo tiempo, el deudor carga con los perjuicios que le ha causado con su incumplimiento. Por ejemplo, si Pedro se había comprometido a no elevar la pared divisoria durante diez años, para no privar a su vecino Enrique de la vista panorámica, y a los tres años construye un muro, Enrique podrá obtener la demolición de la pared y que se mantenga el cumplimiento de la obligación de no hacer hasta el vencimiento del plazo.

Los ejemplos que hemos mencionado, correspondientes a estas dos categorías de obligaciones de no hacer, son los que suele utilizar la doctrina para afirmar que la violación de estas relaciones jurídicas constituye un verdadero incumplimiento, y si la gama de las posibles abstenciones se redujese a estos casos deberíamos admitir que en las obligaciones de no hacer no existe la mora, pese a que el lector puede advertir fácilmente que hay diferencias muy marcadas, según que la abstención prometida sea un hecho instantáneo, o se trate de un hecho permanente, y según que lo hecho pueda o no destruirse.

Cuando lo hecho puede destruirse estamos frente a la categoría de los cumplimientos parciales o defectuosos, a los cuales la teoría <sup>48</sup> y la jurisprudencia suelen aplicar por analogía el régimen jurídico de la mora, y ello explica el por qué más de un autor, des-

---

<sup>48</sup> Especialmente en el derecho alemán, donde suele decirse que el problema de las "violaciones positivas del crédito" puede resolverse aplicando, ora las reglas del incumplimiento, ora las reglas de la mora (Conf. J. W. HEDEMANN, obra citada en nota 28, N° 22, II, a, p. 185, y L. ENNECCERUS: "Tratado de Derecho civil - Obligaciones", trad. al castellano, Bosch, Barcelona, T. II, vol. I, N° 55 - II, p. 281).



pués de afirmar que en las obligaciones de no hacer la violación significa siempre incumplimiento, propicia simultáneamente la aplicación del régimen de la mora automática <sup>49</sup>.

V.- Las obligaciones de no hacer y la mora.

Pero, nuestra afirmación de que en las obligaciones de no hacer también es admisible la situación de mora, no se vincula en lo más mínimo con la aplicación extensiva del régimen de la mora a los casos de cumplimiento imperfecto, sino que sostenemos la existencia de hipótesis en las cuales se tipifica perfectamente el mero "retardo temporal", unido a la posibilidad de cumplimiento íntegro de la prestación debida.

Si volvemos la vista al cuadro que hemos trazado más arriba, advertiremos que hasta ahora sólo hemos analizado dos de las tres hipótesis que en él se hallan contenidas y que falta por considerar el caso en que la abstención prometida consiste en la suspensión de una actividad que desarrollaba habitualmente el sujeto, que se obliga a "no hacer" en el futuro.

Y lo curioso del caso es que esa categoría, descuidada por los tratadistas al estudiar el problema de la mora en las obligaciones de no hacer, es la que más aplicación tiene en la práctica de los negocios jurídicos, ya que se suele incluir con gran frecuencia como pacto de "no concurrencia", al vender un negocio o empresa, mientras que los ejemplos a que hecha mano la doctrina, como no talar un árbol, o no concurrir a una fiesta, suelen ser más bien casos de gabinete, que no aparecen casi nunca en la vida normal de los negocios.

Por lo general, al incluirse una obligación de no hacer competencia, se fijan límites geográficos y temporales a la abstención, es decir, se establece un radio dentro del cual el vendedor del negocio no podrá establecer otro análogo, y el tiempo por el cual permanecerá obligado.

Con relación al aspecto temporal, en esa convención se fijarán dos plazos: uno inicial, para indicar el momento en que debe comenzar la abstención, y otro final, para determinar hasta cuándo

---

<sup>49</sup> Ver, por ejemplo, CAZEAUX y TRIGO REPRESAS (obra y lugar citados en nota 20), y COLMO (obra y lugar citados en nota 21).

estará limitada la libertad de acción del deudor, requisito este último que es menester para cumplir con la característica de la "temporalidad", propia de todas las relaciones jurídicas obligatorias <sup>50</sup>.

Examinemos la obligación de no hacer competencia.

Quizá un ejemplo sea en este momento oportuno para ilustrar el problema: Roberto Espejo, emprendedor comerciante de la ciudad de Río Tercero, tiene dos casas de comercio; una de ellas dedicada a la venta de artículos de goma, y la otra de ramos generales o -como se las denomina en la actualidad- supermercado. En el mes de septiembre vende el negocio de artículos de goma a Ricardo Tapia, comprometiéndose a entregárselo el 1º de noviembre, y a no efectuarle competencia en ese ramo durante cinco años, a cuyo fin en la misma fecha deberá suspender la venta de artículos de ese tipo en el negocio de ramos generales que conserva en su poder.

Llegado el 1º de noviembre, Roberto Espejo entrega la gomería a Tapia, pero no suspende la actividad que venía realizando y continúa vendiendo neumáticos y otros artículos de goma en su negocio de ramos generales, es decir: "No comienza a cumplir la abstención prometida".

Este "incumplimiento" de Espejo encuadra perfectamente dentro del concepto de mora, pues a pesar de que la prestación no ha comenzado a ejecutarse en el momento debido, es todavía posible y útil para Ricardo Tapia que se cumpla de manera íntegra, es decir que, durante los cinco años prometidos, se abstenga de realizarle competencia y le permita consolidar su clientela. En consecuencia, Tapia no va iniciar una acción de resolución por incumplimiento y pago de daños y perjuicios, sino que reclamará que se cumpla la abstención prometida, más los perjuicios moratorios.

---

<sup>50</sup> Ver Pedro LEÓN: "Rasgos esenciales de la obligación (temas de un curso)", Cuadernos del Instituto de Derecho Civil, Córdoba, 1957 - III, p. 49: "A semejanza de la vida humana, la relación obligacional presenta esta nota existencial: nace para morir".

En sentido similar, Demófilo DE BUEN: "Obligaciones especiales y obligaciones institucionales", Revista Cubana de Derecho, año XVII, 1943, p. 59 y ss., en especial cuando dice: "En el derecho moderno también la obligación propugna, como su destino esencial, por ser satisfecha, pagada o cumplida. Y una vez ello conseguido pierde su existencia. Vive, pues, para morir y muriendo consigue la razón de ser de su vida" (p. 262).

Por su parte Luis DIEZ PICAZO expresa: "... La perpetuidad es opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria. Constituyendo ésta, desde el punto de vista del deudor, una limitación de la libertad, tal limitación, si fuera perpetua, debería ser considerada contraria al orden público" ("Fundamentos del Derecho civil patrimonial", Tecnos, Madrid, 1970, N° 602, p. 512).

El ejemplo demuestra con claridad que es perfectamente factible encontrar casos de mora en las obligaciones de no hacer, aunque quizás se nos reproche -como irónicamente lo hacía IHERING en su "Jurisprudencia en broma y en serio"- que hayamos descendido a la vulgaridad de buscarlo entre los problemas que plantea diariamente la vida real ;en lugar de forjarlo en el gabinete!

Podría ocurrir también que Espejo hubiese comenzado a cumplir la abstención prometida, pero, luego de un par de años la violase, vendiendo nuevamente artículos de goma. Estaríamos frente a una hipótesis de cumplimiento parcial en el que también a Tapia le interesaría obtener la ejecución de la prestación durante los tres años que todavía faltan para integrarla. En estos casos, como ya lo hemos dicho, deberá aplicarse -por analogía- el régimen de la mora.

Podemos concluir entonces sosteniendo la conveniencia de que el artículo 509 hubiese contemplado el problema de las obligaciones de no hacer, principalmente por dos razones:

1) Porque hay casos en que se da específicamente la situación de mora.

2) Porque en las hipótesis de cumplimiento parcial, y posterior violación -no previstas de manera especial por el Código civil- puede aplicarse el régimen de la mora.

En uno y otro caso, entendemos, la mora se producirá de manera automática, sea porque la obligación de no hacer era una obligación a plazo y, por tanto, quedaría comprendida dentro de las previsiones del primer párrafo del nuevo artículo 509, sea porque el hecho positivo de violación de la abstención debida demuestra claramente la voluntad del deudor de no cumplir, y hace innecesaria cualquier interpelación.

Pero, como ya lo dijimos en otra oportunidad, la omisión en que ha incurrido el legislador en este punto no es demasiado grave; razonablemente puede pensarse que si la jurisprudencia era pacífica cuando todavía estaba en vigencia el viejo texto del artículo 509, y no exigía la interpelación en las obligaciones de no hacer, porque interpretaba que su sola violación indicaba la actitud de ánimo del deudor, y permitía considerarlo incurso en mora, con mayor razón ha de seguir manteniendo ese criterio en la actualidad, luego de la reforma de la norma, y la adopción del sistema de la mora automática.

VI.- **Conclusiones.**

1) Es necesario precisar los conceptos técnicos de incumplimiento y de mora. Reservamos el vocablo incumplimiento para los casos en que no es posible, o ya no es útil, la ejecución de la prestación debida; y hablamos de mora cuando, pese al incumplimiento temporal, o retardo, todavía es posible y útil para el acreedor que se realice de manera íntegra la prestación.

2) A los casos de incumplimiento parcial o defectuoso se les aplica, por analogía, el régimen de la mora, o el del incumplimiento, según corresponda.

3) Encontramos casos de obligaciones de no hacer, especialmente aquellas que dependen de la suspensión de una actividad que se está realizando, en las que es perfectamente factible que el deudor incurra en mora.

4) La mora en las obligaciones de no hacer se producirá en forma automática, sin necesidad de interpelación, por la sola realización del hecho prohibido.

---

APÉNDICE I.- **Evolución del pensamiento en la doctrina argentina.**

Entre los autores nacionales quizás el primero que se hizo eco de nuestros estudios sobre la mora en las obligaciones con prestación negativa, haya sido GAGLIARDO <sup>1</sup>, quien ya desde las primeras páginas cita nuestros trabajos, y cuando se ocupa de las "obligaciones de no hacer", luego de recordar que "parecería deducirse que en este tipo de obligaciones resulta inadmisibile el estado de mora", agrega:

"No obstante, Moisset de Espanés, que se ocupó del tema, ha señalado lo contrario clasificando las diversas prestaciones a que puede estar sujeto el obligado. Para ello distingue entre obligaciones de no hacer instantáneas, en cuyo caso su incumpli-

---

1. Ver Mariano GAGLIARDO, "La mora en el derecho civil y comercial. su estructura y alcances", Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1979.

miento equivale a inejecución absoluta, ...o, por el contrario, si fuese obligación de no hacer permanente, la realización de los hechos prohibidos podría no significar inejecución absoluta, **siendo pues admisible que el deudor incurra en un retardo jurídicamente calificado**" <sup>2</sup>.

Más adelante retorna sobre el tema de las obligaciones de no hacer, de manera muy breve, dando por sentado que en algunas de ellas cabe la existencia de mora y que es menester determinar si se necesita, o no, la interpelación <sup>3</sup>.

También han dedicado particular atención al problema de las obligaciones de no hacer los autores de las obras más importantes que se han escrito sobre mora con posterioridad a las reformas que la ley 17.711 introdujo al artículo 509, dos discípulos de Fernando LÓPEZ de ZAVALÍA, Ernesto C. Wayar y René Padilla, que habían profundizado el estudio del tema en un curso de doctorado que dirigió el recordado maestro en la Universidad Nacional de Tucumán.

En primer lugar nos ocuparemos de la opinión de WAYAR, expresada en dos de sus libros, el "Tratado de la mora" <sup>4</sup>, y "El pago por consignación" <sup>5</sup>. En el primero de ellos dedica un párrafo íntegro a tratar de "la situación de mora en las obligaciones de no hacer" <sup>6</sup>, donde comienza preguntándose si es posible que en estos casos el deudor incurra en situación de mora y las obligaciones de no hacer son susceptibles de cumplimiento tardío <sup>7</sup>. Distingue entonces dos tesis, la que excluye la mora en las obligaciones de no hacer, donde pasa revista a quienes la sustentan en la doctrina nacional, y menciona también autores españoles e italianos. Luego, en el apartado b) de ese párrafo, analiza con detenimiento lo que denomina "tesis de Moisset de Espanés", a la que adhiere, llegando en su defensa de esta

---

2. Ver GAGLIARDO, obra citada, p. 20 y 21.

3. Obra citada, apartado F, p. 93.

4. Ver Ernesto Clemente WAYAR, "Tratado de la mora" (con prólogo de Guillermo A. Borda), Abaco, Buenos Aires, 1981.

5. Ver Ernesto C. WAYAR, "El pago por consignación", Depalma, Buenos Aires, 1983.

6. WAYAR, "Tratado..." § 86, p.537 a 543.

7. Autor, obra y lugar citados en nota anterior.

postura a refutar con agudeza las críticas que le formula ALBALADEJO<sup>8</sup>. En este pormenorizado estudio describe los distintos tipos de obligaciones negativas, para coincidir con nuestra postura y afirma que "donde queda claramente configurada la situación de mora es en aquellas hipótesis en las que la abstención prometida consiste en **suspender** una actividad"<sup>9</sup>, agregando más adelante que "es incorrecto afirmar en términos absolutos que la mora se excluye en las obligaciones de no hacer; en algunas variedades de obligaciones negativas es perfectamente posible que se configure la situación de mora"<sup>10</sup>. Concluye preguntándose si en estas hipótesis la mora se produce automáticamente o es necesaria la interpelación, y adelanta opinión en el sentido de que, por aplicación del artículo 509, habrá casos de uno y otro tipo.

En su obra sobre el pago por consignación vuelve sobre el problema de las obligaciones de no hacer<sup>11</sup> en los parágrafos 27 y 66, pero advertimos que allí ya no se trata de "mora del deudor", sino de "mora del acreedor",

Por su parte René PADILLA escribió dos obras sobre mora; la primera fue su tesis doctoral<sup>12</sup> y está prologada por su maestro, nuestro siempre recordado amigo, Fernando J. López de Zavalía. En la segunda retoma el tratamiento de la mora, pero dándole un enfoque mucho más amplio, pues la vincula con el siempre actual problema de la responsabilidad civil<sup>13</sup>.

En su tesis doctoral, dentro del Capítulo X, encontramos tres parágrafos dedicados a la "Mora en las obligaciones de no hacer"<sup>14</sup>. El primer problema que se plantea es saber si puede haber mora en

---

8. Ver WAYAR, "Tratado ...", nota 69, p. 542 y 543.

9. Ver WAYAR, "Tratado ...", p. 541.

10. Obra citada, p. 542.

11. Ernesto C. WAYAR, "El pago por consignación", § 27, III - b, p. 122; y § 66, p. 273,

12. René A. PADILLA, "La mora en las obligaciones", Astrea, Buenos Aires, 1983.

13. René A. PADILLA, "Responsabilidad civil por mora", Astrea, Buenos Aires, 1996. Fue la última obra de envergadura de este brillante jurista tucumano, cuya vida fue truncada por un accidente automovilístico.

14. PADILLA, "La mora ...", §§ 76, 77 y 78, p. 172, 173 y 174, respectivamente.

las obligaciones de no hacer y luego de recordar la posición mayoritaria de que la violación de una obligación negativa provoca lisa y llanamente incumplimiento, sostiene:

*"De nuestro lado y siguiendo una elaboración posterior que realiza el mismo Moisset de Espanés, creemos que, para la elucidación de los supuestos en examen, cabe distinguir según que la abstención estipulada sea de cumplimiento instantáneo o durable"*

<sup>15</sup>.

Padilla fue un jurista creativo, y no se limitará aquí a adherir a nuestra tesis, sino que procurará ahondar encontrando otros ejemplos que le permitan formular nuevas distinciones. Entonces, luego de aceptar que la posibilidad de mora en las obligaciones negativas se presenta cuando se trata de una pasividad que se proyecta en el tiempo de manera continuada, a la que da el nombre de "obligación de no hacer de cumplimiento durable" <sup>16</sup>, señala que la "abstención durable" puede ser "periódica", o continuada". Para la primera de las hipótesis imagina como ejemplo "la obligación de no concurrir a los actos patrióticos del 9 de Julio durante cinco años", y nos dice que en ese caso:

*"... el obligado debe abstenerse de concurrir a los actos pertinentes, lo cual implica que durante cada año hasta completar los cinco, el deudor tiene que ejecutar una prestación que se agota instantáneamente".*

Esto lo lleva a concluir que aquí estamos frente a cinco abstenciones independientes, en las cuales la asistencia a una de ellas configura incumplimiento, aunque sigue siendo "perfectamente exigible el cumplimiento de las que restan". Lo que, a su criterio, saca este ejemplo del terreno de la mora, y lo colocaría en el de los cumplimientos defectuosos.

Sigue luego sus desarrollos ocupándose de las abstenciones de duración continuada e introduciendo nuevos matices, en los que no

---

15. Ver PADILLA, "La mora...", p. 173. Cita allí nuestro trabajo sobre "La mora en las obligaciones de no hacer", que fuera publicado en Jurisprudencia Argentina, pero lo hace mencionando D.J. 14-383, publicación que hemos logrado individualizar; se trata de Documentación Jurídica, Revista del Ministerio de Justicia de España, que el año 1977 reprodujo ese trabajo.

16. Ver PADILLA, "La mora...", § 78, p. 174.

podemos extendernos, pero cuya lectura recomendamos, pues son fruto de una inteligencia aguda e inquieta.

Remata el último párrafo afirmando:

*"Todo lo dicho nos lleva a adherirnos al criterio de Moisset de Espanés, no tanto por compartir íntegramente su razonamiento, sino porque la lucidez de la solución aportada permite predicar la futura vigencia de la obligación de abstención pactada, con las variedades que hemos imaginado"* <sup>17</sup>.

Para nosotros es el mejor elogio recibido; nuestro esfuerzo se abre camino estimulando a otros juristas a continuar y profundizar la investigación emprendida.

En su segunda obra PADILLA vuelve sobre el tema y le dedica también tres párrafos <sup>18</sup>, pero lo hace con más extensión e, incluso, cuestionando los propios ejemplos que propone, en una actitud permanente de duda. En el primero de esos párrafos esboza una "clasificación de las abstenciones en orden a la mora", mencionado las siguientes: 1) abstención de contenido indeterminado; 2) abstención de contenido determinado, que la subdivide en abstención de actos propios y abstención de actividades ajenas, estableciendo en la primera de esas categorías la diferencia entre la abstención de actos nunca omitidos y la abstención de actos que venía realizando. Procura distinguir también la abstención de hechos, de la abstención de abstenciones...

Se trata de un esfuerzo prolijo, pero no sabemos si este exceso de categorías y subclasificaciones conduce a resultados prácticos o, más bien, resulta excesivo y propicio solamente a complacer a un jurista de gabinete, como el propio PADILLA parece advertirlo cuando al llegar a la "abstención respecto de atenciones" nos dice: "Este es el pórtico del bizantinismo; la especie es inconfigurable sin dañar la lógica y el sentido común" <sup>19</sup>.

Quien desee profundizar estos temas deberá, sin duda, leer cuidadosamente estos trabajos de PADILLA, pero -al mismo tiempo-

---

17. Ver PADILLA, "La mora...", p. 177.

18. Ver René A. PADILLA, "Responsabilidad civil por mora", §§ 135, 136 y 137, páginas 343, y 347 a 352.

19. Obra citada, p. 347.



juzgar con sentido crítico algunas de las afirmaciones que asienta, pues parecen en contradicción con el criterio mismo de lo que técnicamente es la mora <sup>20</sup>.

El siguiente paso lo encontramos en una reunión científica realizada el año 1983, en la cual se incluyó como Tema 2 "Estado de mora en el incumplimiento de las obligaciones" <sup>21</sup>. La comisión estuvo presidida por Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, y hubo allí una ponencia e Alberto J. BUERES, que conocemos parcialmente, a través de citas que efectúan las Dras. GESUALDI y SILVESTRE de AIMO <sup>22</sup>. Creemos que a la ponencia de BUERES había llegado de manera indirecta la influencia de nuestro trabajo, a través del libro de René PADILLA, aparecido poco tiempo antes.

Los concurrentes a las Jornadas se inclinaron mayoritariamente por el criterio clásico de que no existe mora en las obligaciones de no hacer <sup>23</sup>. La diferencia debe haber sido escasa, pues el despacho minoritario, que admitía la posibilidad de mora en las obligaciones de no hacer<sup>24</sup>, estaba suscripto por trece miembros, cuyo nombre suministran GESUALDI y SILVESTRE en su trabajo <sup>25</sup>.

---

20. Afirma, por ejemplo que "tampoco es admisible el criterio de que después de realizado el incumplimiento deudor, la obligación sea todavía susceptible de cumplimiento íntegro, pues algún tiempo de incumplimiento ha transcurrido (la demora", ¡olvidando -al parecer- que esto ocurre en todas las hipótesis e mora que, por definición, son "incumplimientos temporales"! (ver obra citada, p. 349).

En la misma falta de criterio incurre Yzquierdo Tolsada en el derecho español, como lo veremos más adelante.

21. Nos referimos a las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil, que se realizaron en Mercedes, provincia de Buenos Aires, en junio del año 1983,

22. Ver Dora Mariana GESUALDI y NORMA SILVESTRE de AIMO, "La mora en las obligaciones **querables** y con prestación de no hacer", La Ley, 1985-A, p. 1029.

23. Apartado II, Supuestos particulares, e) Obligaciones con prestación e no hacer: **Mayoría**: Las obligaciones con prestación de no hacer no admiten conceptualmente el estado de mora, pues su violación implica el incumplimiento definitivo.

Lamentablemente no contamos con los nombres de los integrantes de la Comisión que suscribieron ese despacho, aunque deducimos por los datos de quienes firmaron otros aspectos del despacho que entre ellos se encontraban juristas como Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Ramella y Alferillo.

24. **Minoría**: El estado de mora no es definitivamente incompatible con la obligación con prestación de no hacer.

25. Ellos fueron: Bueres, Gesualdi, Lezana, Silvestre, Martinelli, Guillén, Fernández Tosar, Mercé, Gherzi, Kemelmajer de Carlucci, Parellada, Boulin y Catapano.

En los primeros puntos de la ponencia de BUERES se manifiesta:

"1) En las obligaciones personales de prestación negativa (o de no hacer= el deudor podría incurrir en incumplimiento absoluto o en incumplimiento relativo (mora) según las circunstancias del caso.

2) En las obligaciones negativas que dependen de una "acción" -mero deber accesorio de colaboración- para que se inicie el **non facere** -obligación principal- (caso del comerciante que asume el deber de cerrar un comercio, que tiene en funcionamiento, durante un cierto tiempo para no crear concurrencia), el deudor podrá incurrir en estado de mora.

3) En las obligaciones negativas de ejecución permanente - sean éstas **in non faciendo** (pura abstención) o **in patiendo** (acción negativa enderezada a soportar o tolerar que otro haga), podrá mediar **mora solvendi** si el obligado infringe el plan de prestación y es posible destruir o soslayar lo realizado en contravención con deber jurídico calificado, manteniéndose, de tal forma, la posibilidad de que el **non facere** se siga observando" <sup>26</sup>.

Lamentamos, sin embargo, el no haber encontrado reproducidas estas ideas de BUERES en el comentario a los artículos de las obligaciones de no hacer en el Código civil Anotado que él dirige, y publica Hammurabi.

Es curioso, en cambio, que en el Código Civil Comentado que dirigen Félix A. TRIGO REPRESAS y Rubén H. COMPAGNUCCI de CASO<sup>27</sup>, que personalmente adhieren a la doctrina tradicional, en el comentario al artículo 632, redactado por Luis NIEL PUIG, en el punto 7 que se refiere a "la mora en las obligaciones de no hacer"<sup>28</sup>, luego de mencionar nuestra opinión se admiten varias hipótesis en las cuales se

---

26. Puntos reproducidos 22, 24 y 25 del artículo de las Dras. GESUALDI y SILVESTRE, La Ley, 1985 - A, p. 1033.

27. Ver "Obligaciones", T. I (artículos 495 a 651), ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe - Buenos Aires.

28. Ver "Código Civil comentado", dirigido por Félix A. TRIGO REPRESAS y Rubén H. COMPAGNUCCI de caso, Tomo I, artículo 632 (redactado por Luis NIEL PUIG), p. 632, 633.

configurarían situaciones de mora, con breves referencias a autores que comparten esta posición (Bueres, Padilla y Gesualdi).

En lo que se refiere al trabajo de las Dras. GESUALDI y SILVESTRE, en el que se encuentran los antecedentes de las ya mencionadas Jornadas de Mercedes, veremos que expresan su adhesión a la posibilidad de que se presenten hipótesis de mora en las obligaciones de no hacer y lo hacen con mención de nuestra posición<sup>29</sup>.

A su vez LÓPEZ CABANA, en su tesis doctoral<sup>30</sup>, reconoce "la existencia de algunas obligaciones de no hacer que admiten un incumplimiento temporal" y lo hace con cita del trabajo que publicamos en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia<sup>31</sup>.

Para cerrar este apéndice, que puede parecer ya demasiado extenso, mencionaremos la obra de ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA<sup>32</sup>, quienes al tratar del cumplimiento de las obligaciones de no hacer nos dicen:

*"Corresponde formular un distingo: si se trata de una obligación de no hacer **instantánea** y el deudor hace lo que no debía, promedia inejecución absoluta y definitiva y queda en mora automáticamente; pero si la obligación de no hacer es **permanente**, la realización de uno de los actos que debió omitir puede no comportar tal inejecución absoluta y definitiva. Por ejemplo, si prometió suspender una actividad que venía realizando y, no obstante, continuó con ella durante cierto tiempo para luego cesar (Moisset de Espanés). En esta última situación, cabe agregar, el régimen de la mora queda también sujeto a las reglas generales..."*<sup>33</sup>.

---

29. Ver de las mencionadas autoras el trabajo citado, en el que expresan:

"Como lo ha demostrado Moisset de Espanés la doctrina tradicional es insuficiente para resolver la cantidad de variaciones que plantea este tipo de obligaciones" (apartado III, p. 1032, La Ley 1985-A).

30. Ver Roberto M. LÓPEZ CABANA, "La demora en el Derecho privado", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

Acotamos que el ejemplar que poseemos de esa obra nos lo entregó y dedicó, nuestro malogrado amigo en la ciudad de Lima, el 16 de noviembre de 1989.

31. Obra citada en nota anterior, p. 113 y nota 257; ver también Conclusión LX, p. 181 y 182.

32. Atilio Aníbal ALTERINI, Oscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA, "Derecho de Obligaciones. Civiles y comerciales", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

33. Obra citada en nota anterior, Nº 1165/1166, p. 486.



APÉNDICE II.- **La repercusión en España**

Entre los autores que han leído nuestro trabajo encontramos distintas actitudes; unos, como ALBALADEJO, se aferran a las teorías tradicionales y niegan de manera terminante que pueda existir mora en las obligaciones de no hacer, afirmando incluso que la tesis que exponemos en este trabajo adolece de un error conceptual, ya que confunde una obligación de hacer (positiva), con una de no hacer. Este prestigioso autor dice textualmente:

*"Por ejemplo A, que tiene funcionando un comercio que compite con el de B, se obliga hacia éste a no ejercer ese tipo de actividad durante un año, a partir del próximo mes. La fecha llega, B no cesa en su ejercicio, y así retrasa -demora- su cumplimiento, que luego le es impuesto por un año de inactividad a partir de la fecha del comienzo efectivo de ésta. Podría pensarse que aquí hay demora de una obligación de no hacer -la de no ejercer aquella actividad comercial-; pero sería erróneo, porque lo que se retrasa es el cierre del establecimiento (conducta positiva, obligación de no hacer)"<sup>1</sup>.*

Sin duda que quien se equivoca es ALBALADEJO, que ha deformado el ejemplo que expusimos más arriba, como lo señala muy acertadamente WAYAR, quien le responde:

*"Esta crítica no alcanza a destruir, ni siquiera pone en duda, la conclusión sentada por Moisset de Espanés; en el ejemplo que da este autor, no se prometió el **cierre** del establecimiento, sino abstenerse de vender determinado producto"<sup>2</sup>.*

Por su parte JORDANO FRAGA califica esta opinión de ALBALADEJO como de "una cuestión terminológica un tanto vidriosa", considerando que es posible el retraso "que se refiere a la **inactividad debida**, a la prestación objeto de la obligación negativa, aunque sea

---

1. Ver Manuel ALBALADEJO, "Instituciones, T. I, Parte General y Obligaciones, p. 575, nota 1).

2. Ver Ernesto C. WAYAR, obra citada, p. 542, nota 69.

por mediación de la **actividad** (cierre en el ejemplo) preliminar complementaria" <sup>3</sup>.

Nosotros agregaríamos que si se lee sin prevenciones el texto de nuestro trabajo, y las conclusiones, se verá que siempre nos referimos a prestaciones negativas que consisten en la "suspensión de una actividad" que se estaba realizando, y que además del ejemplo de la obligación de "no hacer competencia", pusimos también el caso en que se promete "dejar de fumar".

Otros autores, como el destacado catedrático Luis DIEZ PICAZO, con una actitud muy propia de su manera de pensar, pues siempre ha afirmado que "el derecho es ciencia de matices"<sup>4</sup>, luego de asentar como primera afirmación la clásica doctrina de que en las obligaciones de no hacer, no existe mora, sino incumplimiento <sup>5</sup>, pasa en letra más pequeña a matizar su opinión y después de explicar las razones por las cuales no podría existir mora, continúa diciendo:

*"La tesis de que no cabe mora en las obligaciones negativas es indiscutible cuando el comportamiento debido, contemplado en el programa de prestación, es la continuidad inmodificada de una situación ya existente al constituirse la relación obligatoria. ... Sin embargo la situación no es la misma cuando el contenido de prestación es un "non facere" del deudor que debe comenzar en un determinado momento o producirse a partir de él" <sup>6</sup>.*

A continuación, de manera más firme aún, sostiene que "es posible imaginar casos en que la situación de incumplimiento de una obligación negativa no presente carácter definitivo" y advierte que:

---

3. Francisco JORDANO FRAGA, "La responsabilidad contractual", Civitas, Madrid, 1987, nota 85, p. 473 in fine.

4. Ver Luis DIEZ PICAZO en la primera edición de sus "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, ed. Tecnos, Madrid, 1970, Nº 808. p. 670, donde afirma que la tesis negativa de la mora en las obligaciones de no hacer "...precisa alguna matización que puede contribuir a poner de relieve el perspectivismo o relatividad que siempre existe cuando se distingue entre situaciones "positivas" y "negativas"; y luego pone como ejemplo de casos en que podría haber mora el cesar, a partir de determinado momento, "en la explotación de una determinada empresa con el fin de no hacer competencia".

5. Ver Luis DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. II, Las relaciones obligatorias, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 626 y 627: "...en las obligaciones negativas no cabe la mora".

6. DIEZ PICAZO, obra citada, p. 627.

"El problema ha surgido sobre todo en relación con las obligaciones o pactos de no concurrencia que derivan de los negocios de cesión o de enajenación de una empresa, ...".

No reproduciremos la totalidad del pensamiento de DIEZ PICAZO, pero consideramos de interés la frase con que cierra su pensamiento:

*" ... siempre resta la idea general de que cuando un **non facere** debe comenzar a partir de un determinado momento, el fenómeno de la continuación del **facere** anterior puede considerarse como simple retraso, si no está revestido de carácter definitivo y puede considerarse legítimo desde el punto de vista de la buena fe" <sup>7</sup>.*

Más adelante, cuando este autor habla del incumplimiento, aparece un nuevo matiz cuando en el título que dedica a "la violación de las obligaciones negativas" y siempre sobre la base del ejemplo de los pactos de no concurrencia, o de exclusiva, advierte que estamos en situaciones en las cuales la prestación "a posteriori" continúa siendo posible y, luego de preguntarse: ¿qué tratamiento jurídico merece un caso como el descrito, expresa que "Si la violación de la prestación negativa no determina una frustración del fin del negocio, subsistirá la obligación y podrá hablarse de un cumplimiento defectuoso" <sup>8</sup>.

Estas opiniones de Luis DIEZ PICAZO, esbozadas ya en la primera edición de los "Fundamentos...", son anteriores a la publicación de nuestro estudio, pero nos parece importante señalar que en la bibliografía del Capítulo XXII, de la 5ª edición, incluye el trabajo publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia <sup>9</sup> que, sin duda, contribuye a los "matices" que introduce en la afirmación primitiva de que en las obligaciones negativas no existe la posibilidad de mora.

---

7. Autor, obra y lugar citados en nota anterior.

8. DIEZ PICAZO, obra citada, P. 663 Y 664.

9. Ver "Fundamentos ... " 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 619.

Otros, como Jesús CARDENAL FERNÁNDEZ, en una meditada tesis doctoral<sup>10</sup>, luego de recordar que la doctrina tradicional considera que la violación de una obligación negativa constituye un incumplimiento absoluto e irremediable<sup>11</sup>, se sumerge en una prolija investigación del problema, y le dedica una muy extensa nota que abarca varias páginas<sup>12</sup>. En ella, en primer lugar, se refiere a "las opiniones contrarias en las obligaciones negativas", y a continuación se ocupa de las "opiniones en favor de la posibilidad de que exista mora del deudor en las obligaciones negativas"<sup>13</sup>; no reduce su investigación al derecho español, sino que incursiona por la doctrina extranjera<sup>14</sup>. Culmina ese estudio con un profundo análisis del trabajo que publicamos en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, que culmina con algo que denomina resumen de nuestro pensamiento; lo reproduciremos, pues da la impresión de que el autor asume esa postura:

*"1º) si la obligación consiste en un acto único, la realización del mismo, en cuanto se trata de un acto prohibido, constituye incumplimiento definitivo; no cabe en estas obligaciones la situación de mora.*

*2º) Si la obligación tiene como contenido una abstención continuada respecto de una actividad que antes de nacer la obligación el deudor no realizaba, en el caso de que el deudor realice un acto, que ya después de contraída la obligación resulta prohibido por ésta, tal conducta constituiría un "cumplimiento parcial", que a su vez se calificaría de incumplimiento si al acreedor ya no le interesa que continúe la abstención pues si el acreedor desea continuar gozando de la abstención y es posible deshacer lo hecho, la conducta constituiría más que un incumplimiento una contravención, y el acreedor tendría derecho a daños y perjuicios, sin necesidad de acudir por analogía a las normas*

---

10. Ver Jesús CARDENAL FERNÁNDEZ, "El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones", ed. Montecorvo, Madrid, 1979.

11. Obra citada en nota anterior, p. 67.

12. Ver nota 11, p. 67 a 70.

13. Ver p. 68 a 70.

14. Allí fue donde tomamos conocimiento de las opiniones de MOSCO y de TUNC (nota citada, p. 69).



sobre la mora. En cualquier caso, la realización del acto prohibido no conduce, sin más, al incumplimiento definitivo e irremediable.

3º) Si la obligación tiene como contenido la abstención de una actividad que el deudor venía antes realizando de modo habitual, es perfectamente concebible una situación de verdadero y propio "retraso temporal", que no impide ni hace inútil el cumplimiento tardío de la obligación; tal el caso del pacto de "no concurrencia" al vender un negocio o empresa. Si el obligado retrasa el comienzo de su "no hacer", es decir, de la abstención prometida, el supuesto no es de incumplimiento definitivo y propio, porque al acreedor le es útil y al deudor posible, comenzar más tarde de lo pactado la actividad (la no actividad) debida. El supuesto no es de incumplimiento y, sin embargo, lo será de mora ..."<sup>15</sup>.

Con posterioridad otros autores han tenido en cuenta nuestro trabajo, como GÓMEZ CALERO, que ya lo cita en la segunda nota de su libro sobre cláusula penal<sup>16</sup> y luego cuando se ocupa de la mora o cumplimiento tardío, recuerda que un sector de la doctrina: "encuentra casos de obligaciones de no hacer, especialmente aquellas que dependen de la suspensión de una actividad que se está realizando, en la que es perfectamente factible que el deudor incurra en mora", y lo hace citando nuestro trabajo<sup>17</sup>.

También se lo menciona en la obra de JORDANO FRAGA sobre responsabilidad contractual<sup>18</sup>, que contiene un apartado sobre "Obligaciones de no hacer"<sup>19</sup>. Sostiene el mencionado autor que "cuando quepa el retraso en el cumplimiento de una obligación de inactividad, habrá igualmente mora"<sup>20</sup>, y agrega:

---

15. Ver obra citada, nota 11, p. 69 y 70.

16. Ver Juan GÓMEZ CALERO, "Contratos mercantiles con cláusula penal", Civitas, Madrid, 1983, nota 2, p. 13.

17. Obra citada en nota anterior, p. 143 y nota 432.

18. Ver Francisco JORDANO FRAGA, "La responsabilidad contractual", Civitas, Madrid, 1987.

19. Obra citada en nota anterior, ap. III, p. 472 a 478.

20. JORDANO FRAGA, obra citada, p. 473.

"... ello sucede, precisamente, cuando la inactividad ha de comenzar a partir de un dado momento; aquí cabe el retraso en el cumplimiento (en la omisión), y el cumplimiento tardío ofrece aún (normalmente, salvo término esencial), interés al acreedor"<sup>21</sup>

Menciona en apoyo de esta conclusión a DIEZ PICAZO y VATTIER, agregando: "Esta misma posición matizada es defendida en un análisis más detallado por MOISSET de ESPANÉS"<sup>22</sup>.

Dentro de los libros dedicados a la responsabilidad civil hemos encontrado la opinión de YZQUIERDO TOLSADA<sup>23</sup>, quien llega a la doctrina argentina a través de René PADILLA<sup>24</sup>, aunque también menciona en la bibliografía a nuestro trabajo.

Por último mencionaremos un estudio específico sobre la "Mora", de José Ignacio CANO, quien demuestra haber comprendido cabalmente el problema, y desligándose de las ataduras que impone el peso de la doctrina repetida por numerosos autores durante largo tiempo, expresa:

*"Una subespecie de las obligaciones negativas está integrada por aquellas en las que la prestación posee una especial matización; más que de no hacer se trata de **dejar de hacer** lo que ya se venía haciendo. Resulta incuestionable que en este tipo de obligaciones es posible la mora ya que cabe el retardo en el acto de **interrumpir** la actividad prohibida, frente al cual es lógica y explicable la actitud de dejación de tolerancia por parte del acreedor, manifestada en un acto de requerimiento o intimación"*<sup>25</sup>.

Luego, en nota de pie de página, citando nuestro trabajo publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia,

---

21. Autor y lugar citados en nota anterior.

22. Obra citada, nota 86, p. 473.

23. Ver Mariano YZQUIERDO TOLSADA, "Responsabilidad civil contractual y extracontractual", Reus, Madrid, 1993.

24. Influencia que se advierte especialmente cuando afirma que hablar de mora "es un absoluto contrasentido, pues algo de incumplimiento ha habido ya" (ver p. 166), ¡con lo que pareciera desconocer que en esencia la mora es "incumplimiento" temporal!

25. José Ignacio CANO, "La Mora", p. 18, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

recuerda que en la práctica de los negocios se producen con alguna frecuencia estipulaciones destinadas a impedir la continuación de actividades negociales competitivas <sup>26</sup>.

---

26. Ver obra y lugar citados, nota 33.

APÉNDICE III.- **El Código peruano de 1984, y algunas posiciones doctrinarias.**

Procuraremos en este apéndice ser más breves, por cuanto nos hemos ocupado ya del tema en el capítulo que dedicamos en este libro a la mora en el Código de 1984<sup>1</sup>.

Al elaborar nuestros primeros estudios sobre el tema, publicados en la década del 70, no habíamos dedicado atención especial al derecho peruano porque en el Código de 1936, que se encontraba entonces vigente, ni en los artículos dedicados a la mora (1254 a 1256), ni en los correspondientes a las obligaciones de no hacer (1188 a 1190), existían previsiones especiales vinculadas con el problema que nos ocupaba.

Sancionado el nuevo Código profesores prestigiosos como Felipe OSTERLING PARODI, sostuvieron en un primer momento la doctrina tradicional de que en las obligaciones negativas no puede presentarse la mora, sino que lisa y llanamente su violación es un incumplimiento<sup>2</sup>. Era -como lo recuerda CÁRDENAS QUIRÓS- la doctrina sostenida ya durante la vigencia del Código de 1936 por BADANI <sup>3</sup>, CORNEJO <sup>4</sup>, LEÓN BARANDIARÁN <sup>5</sup> y CASTAÑEDA <sup>6</sup>, en obras que no hemos podido consultar personalmente, pero confiamos en la precisión de las citas efectuadas por CÁRDENAS, a quien hemos seguido en este punto<sup>7</sup>.

1. Ver apartado VI del Capítulo Primero.

2. Ver Felipe OSTERLING PARODI, "Las Obligaciones", en Biblioteca para Leer el Código Civil, PUCP, Lima, 1999, p. 65 y 66.

3. Ver Rosendo BADANI Ch., "Obligaciones y Contratos", p. 148, Lima, s/f.

4. Ver Ángel Gustavo CORNEJO, "Código civil. Exposición sistemática y comentario", T. I, p. 130, Lima, 1938.

5. José LEÓN BARANDIARÁN, "Comentarios al código Civil peruano (Derecho de las Obligaciones)", T. II, p. 48, Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1938.

6. Ver Jorge Eugenio CASTAÑEDA P., "Instituciones de Derecho Civil. El derecho de las Obligaciones", T. II, p. 93, Lima, 1955

7. Ver Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, "La mora del deudor en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer", en "Estudios de Derecho Privado", p. 277 a 318, Ediciones Jurídicas, Lima, 1996.

Para la doctrina peruana ver páginas 291 y siguientes.

El trabajo de CÁRDENAS que aquí citamos actualiza y amplía anteriores estudios publicados en Revista del Foro y en Homenaje a Ulises Montoya Manfredi.

Entre los autores que han seguido las enseñanzas de CÁRDENAS se encuentra FERRERO COSTA, para quien "si la obligación de hacer es permanente, la realización de uno de los actos que se debió omitir puede no comportar su inejecución absoluta y definitiva, cayendo el deudor en mora", poniendo como ejemplo el de una persona que "se compromete a suspender la venta de frutas que venía realizando en su verdulería" <sup>8</sup>.

En lo que atañe a OSTERLING PARODI nos parece interesante señalar que trató por primera vez del tema en su tesis doctoral, escrita cuando estaba vigente el Código de 1936, y ella asentaba que "la mora es ajena a las obligaciones de no hacer" <sup>9</sup>; con posterioridad, ya vigente el Código de 1984, mantuvo la misma posición en un trabajo publicado en Themis <sup>10</sup>, textos que también hemos consultado a través de los estudios de Cárdenas y en la obra que hemos citado más arriba, que data de 1999 pero luego, cuando encara junto a un discípulo el monumental "Tratado de las Obligaciones"<sup>11</sup>, al profundizar el tema demuestra que tiene la actitud de un verdadero jurista, que con absoluta probidad está dispuesto a cambiar sus anteriores opiniones si advierte que hay matices que ha dejado sin considerar. Pues bien, en el Tomo XIV del Tratado no se limita a reseñar lo expuesto por CÁRDENAS, e informar que el mismo criterio había sido sostenido por Raúl CUESTAS <sup>12</sup>, sino que al emitir opinión sobre el tema los coautores expresan de manera terminante:

*"En este tipo de obligaciones resulta claro que la eventualidad de una ausencia de cumplimiento inmediato, o en algún*

---

8. Ver Raúl FERRERO COSTA, "Curso de Derecho de las Obligaciones", 1ª ed., p. 69, Editorial Cuzco S.A., Lima, 1987 (citado por Carlos CÁRDENAS QUIRÓS).

9. Felipe OSTERLING PARODI: "Inejecución de las obligaciones contractuales en el código civil peruano de 1936", Tesis para optar al grado de doctor en derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1967, p. 111.

10. Ver Felipe OSTERLING PARODI, "Mora del deudor", Themis Revista de Derecho, segunda época, 1987, N° 6, p. 56.

11. Ver Felipe OSTERLING PARODI y Mario CASTILLO FREYRE, "Tratado de las Obligaciones - Cuarta Parte", T. XIV, "Para leer el Código Civil", ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

12. Ver Raúl CUESTAS, "La mora en las obligaciones de no hacer", en Diario Oficial El Peruano, Lima, 12 de agosto de 1997, p. B-9 (citado por OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, Tratado de las Obligaciones, T. XIV, p. 2249, nota 201).

*lapso del plazo contractual establecido, no necesariamente determinará que se haya producido un incumplimiento definitivo o absoluto*" <sup>13</sup>.

Y poco más adelante agregan:

*"Dentro de tal línea de ideas, en la medida que no se habría perdido el elemento de la utilidad en el cumplimiento futuro, aunque tardío, de la obligación, sería posible pensar en una eventual constitución en mora del deudor"* <sup>14</sup>.

Finalizan incluso el análisis del tema mencionando normas del Código Procesal Civil que avalan la tesis de aceptar la posibilidad de mora en las obligaciones con prestación negativa.

Concluimos esta incursión por la doctrina peruana mencionando un Código civil comentado muy reciente <sup>15</sup>, donde al analizar el artículo 1160 Walter GUTIÉRREZ CAMACHO, que contó para este tema con la colaboración de Angélica GRANDE, efectúa un prolijo estudio de las obligaciones de no hacer y los casos en que es posible que exista mora, con citas de los trabajos de CÁRDENAS y de nuestro "Curso de Obligaciones".

### **Palabras finales**

Al finalizar este dilatado recorrido nos parece conveniente expresar que creemos que la mayoría de los tratadistas seguirán repitiendo mecánicamente la afirmación de que "en las obligaciones de no hacer no cabe la mora, sino que hay directamente incumplimiento". Pero tenemos confianza en que si un acreedor insatisfecho, que estima puede resultarle útil el cumplimiento tardío de la abstención prometida, se dirige ante la justicia y encuentra un magistrado prudente, obtendrá un fallo favorable, que impondrá al deudor la obligación de cumplir lo prometido, aunque con seguridad ese juez no se detendrá en divagaciones teóricas sobre la posibilidad o imposibilidad de que

---

13. Ver OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, obra mencionada, p. 2253.

14. Ver autores, obra y lugar citados en nota anterior.

15. "Código Civil comentado", Tomo VI, Derecho de Obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

haya mora, ni tampoco sobre si se trata de un cumplimiento defectuoso, sino que -simplemente- procurará hacer justicia.