

EL COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES (ACREEDOR Y DEUDOR) DURANTE LA FASE DE ACTUACION DE LA RELACION OBLIGATORIA

Dr. Víctor Pérez Vargas

Contenido:

- Parte I: La actuación de la relación jurídica obligatoria. El principio de la buena fe.**
- Parte II: El comportamiento del acreedor.**
- Parte III: El comportamiento del deudor.**

"Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum." (La sustancia de las obligaciones no consiste en hacer nuestro un bien corpóreo o una servidumbre, sino en constreñir a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos alguna cosa)

PAULO, Digesto, libro XLIV, tit. VII, L-3.

PARTE I:

LA ACTUACION DE LA RELACION JURIDICA OBLIGATORIA

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE: (La valoración del comportamiento de las partes según "buena fe") (1).

Toda relación obligatoria implica la existencia de "*correlativas posiciones jurídicas de las partes*" (2). Tratándose de correlativas situaciones jurídicas (efectos jurídicos) encontramos "*valoraciones interrelacionadas de comportamientos*", debido a que todo efecto jurídico es una valoración (como posible o debida) sobre un comportamiento. (3) La actuación de la relación obligatoria no es sino la realización de los intereses jurídicos (según las más recientes concepciones de tendencia real objetiva en la consideración del valor jurídico) (4) que sirven de substrato al vínculo; tales intereses encuentran

(1) Estructuralmente este trabajo sigue el orden de ideas de NATOLI, Ugo. La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio. Studi sulla buona fede. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa. Giuffrè-Ed., 1975.

(2) Concepto de obligación como "el conjunto (o la unidad) del derecho subjetivo del acreedor (derecho de crédito; lado activo de la relación obligatoria) y el deber (deuda) del deudor (lado pasivo de la relación obligatoria)..." MESSINEO, Francesco. Manuale di Diritto Civile e Commerciale; Giuffrè-Ed. Milano, tomo III, 1959, pág. 3.

(3) Sobre la interdependencia de los dos lados de la relación obligatoria; MESSINEO, op. cit., supra 2, pág. 3.

(4) La anterior idea encuentra fundamento en lo que Falzea denomina "concepción real objetiva" basada en el mismo método de Jhering llamado "Utilitarismo social" v. STONE, J. Human Law and Human Justice. Cap. 5. Cit. p. Hampstead. Introduction to Jurisprudence, London, 1972, pág. 355. También Pound utiliza el término "utilitarismo social" en el mismo sentido y lo caracteriza como "una tendencia a medir las reglas y las doctrinas según la extensión en que ellas favorezcan a los fines para los cuales el Derecho existe" (POUND, Roscoe. Philosophy of law (Revised Ed. 1964), The end or Purpose of Law. I. to J. op. cit., págs. 360 y ss.

Sobre Bentham, en cuanto fundador del utilitarismo, su doctrina y su influencia, puede consultarse: POUND, Roscoe. Lo spirito della Common Law. Giuffrè-Ed. Milano, 1970, págs. 142 y 143, donde, entre otros elementos del pensamiento de Bentham destaca su fe en la legislación, idea que también encontramos en el pensamiento de Jhering. También en Bentham se encuentra una oposición al método de definición mediante "genus et differentiam". BENTHAM. A fragment of Government. Ogden Bentham's theory of fictions and The limits of Jurisprudence defined. (Columbia Univ. Press) pág. 317, cit. p. HART, H.L.A. Contributi all'analisi del Diritto. Giuffrè-Ed. Milano, 1964, págs. 55, 57 y 47. Tal oposición a la conceptualización mediante procedimientos lógicos será desarrollada y aplicada a la Ciencia Jurídica por Jhering y por la Jurisprudencia de Intereses. V. LATORRE. Introducción al Derecho, pág. 161.

Sobre diferencias entre Jhering y Bentham v. PASSINI. Saggio sul Jhering. Giuffrè-Ed. Milano, págs. 62, 88 y 89, donde se destaca especialmente la afirmación individualista de este último. En cuanto a antecedentes del utilitarismo en el mundo antiguo v. DIOGENES LAERTIUS. Lives of Eminent Philosophers. Harvard University Press. Cambridge, Mass. MCMLXVI, quien, en relación con el pensamiento de Aristipo recuerda que sus seguidores (cirenaicos) distinguían entre "fin" y "felicidad", considerando esta última como la suma total de todos los placeres particulares, en contraposición al "fin" que es el placer particular (en tomo I, pág. 217); también en el pensamiento de Epicuro encontramos algunas ideas que pueden considerarse como antecedentes del utilitarismo, si bien se encuentran en términos hedonísticos, por ejemplo la negación de una justicia absoluta y la afirmación de un acuerdo social para evitar el sufrimiento (en tomo II, pág. 675) y la idea de que cuando juzgadas según sus consecuencias las leyes no corresponden a la justicia pierden su razón de ser (en tomo II, pág. 677); V. con en BAUMGARDT, D. Bentham and the Ethics of Today. Princenton, New Jersey. Princenton Univ. Press, 1962, pág. 44.

Por otra parte, en el pensamiento de Mandeville encontramos la idea referida al campo económico de que los deseos individuales de los hombres los obligan en cierta forma a servir a sus semejantes por lo que se promovía con ello una natural armonía de intereses que tenía como consecuencia una más efectiva producción y distribución de los bienes.

"Así, cada una de las partes estaba llena de vicios, pero el conjunto era un paraíso" (MANDEVILLE, Bernard. La favola delle Api (1714). Paolo Boringhieri. Torino, 1961, pág. 26, "aún la peor de las abejas hacía algo por el bien común" op. ult. cit. pág. 27 y comentarios en pág. 85. V. com. HAMPSTEAD, op. cit. pág. 338; BAUMGARDT. Op. cit. págs. 507, 55, 57, 61 y 62.

También ya en el pensamiento de Hume se encuentran los fundamentos del utilitarismo de Bentham: "útil" ¿pero para quién? para el interés de alguno ciertamente... se debe tratar, pues del interés de aquellos que obtienen ventaja de la cualidad o de la acción que es aprobada... Poniendo en evidencia este principio, descubriremos una gran fuente de distinciones morales". HUME, David. Ricerche sull'intelletto umano. Editori Laterza. Bari. 1957, págs. 235 y ss. sobre la influencia de Hume en el pensamiento de Bentham y en general en el utilitarismo v.: LETWIN, Shirley Robin. The Pursuit of Certainty. Cambridge. At The University Press, 1965, págs. 13 y ss. a 123, 131, 139 y 155, BAUMGARDT. Op. cit. págs. 38, 42 y ss., a 403 y 507; HAMPSTEAD op. cit. págs. 375 y 153.

Otras influencias en el pensamiento de Bentham son Hobbes (v. HAMPSTEAD op. cit. págs. 338, RADBRUCH, Gustav. Lo spirito del diritto inglese. Giuffrè-Ed. Milano, 1962, pág. 43), Beccaria (v. LETWIN. Op.

satisfacción cuando los sujetos asumen el comportamiento (componente de hecho del efecto jurídico) (5) correspondiente al contenido de sus respectivas posiciones (ejercicio del derecho y cumplimiento de la obligación). Ambos momentos son indispensables (6) faltando uno de ellos no puede considerarse verdaderamente actuada la relación obligatoria, a pesar de que el interés del acreedor se vea satisfecho, o bien, se verifique la liberación del deudor (modo de actuación de la obligación y modo de extinción de la misma no son conceptos coincidentes) (7). En síntesis, en la relación obligatoria encontramos dos posiciones (acreedor y deudor) y, en su fase de actuación, dos correspondientes comportamientos, ambos indispensables. Estos dos comportamientos se encuentran subordinados (según la opinión generalizada de que hay una exigencia fundamental en todo Ordenamiento: que sus sujetos actúen de buena fe. Tanto es ello así que la mala fe es tendencialmente castigada por el Ordenamiento, en cuanto productora de efectos jurídicos perjudiciales para el sujeto cuyos comportamientos la conllevan) a un único criterio de valoración: el principio de la buena fe.

PREMISA:

EL PRINCIPIO DE BUENA FE, CRITERIO DE VALORACION:

Para el mejor entendimiento de este principio debe aclararse que el mismo no tiende a ampliar los efectos que componen la estructura de la obligación, sino a proporcionar al juez un criterio de valoración de la actividad desarrollada por las partes con el fin de realizar concretamente el contenido de las respectivas posiciones (8).

EL PRINCIPIO DE BUENA FE ES REFERIBLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y A LAS EXTRA CONTRACTUALES.

Si bien los datos positivos en que se encuentra mencionado el principio se refieren en su mayor parte a las relaciones contractuales, el carácter expansivo del mismo (en cuanto *substrato* genérico de la actividad jurídica) base común de los comportamientos ajustados a Derecho, permite considerarlo como uno de los principios generales del sistema. En los mismos datos positivos se encuentran referencias del principio a vínculos extracontractuales o a comportamientos que no pueden ser considerados como actos debidos (9).

cít. pág. 131, BAUMGARDT, op. cit. pág. 38 donde se refiere al principio de Beccaria de la "máxima felicidad para el mayor número", pág. 61, HAMPSTEAD. Op. cit. pág. 153), Priestley (LETWIN. Op. cit. pág. 131. BAUMGARDT, págs. 24, 36, 40, 42, 44, 47, 49 y 80: HAMPSTEAD. Op. cit. pág. 153 quien cita la frase de Bentham: "el primero que enseñó a mis labios a pronunciar esta sagrada verdad (se refiere al principio de utilidad fue Priestley)", Helvetius (v. HAMPSTEAD, op. cit. pág. 153, BAUMGARDT, op. cit., pág. 61), John Locke (v. BAUMGARDT op. cit. pág. 47 —Essay Concerning Human Understanding, 1960— HAMPSTEAD, op. cit. pág. 376 quien recuerda que Locke en "The second Treatise of Civil Government and Letter Concerning Toleration. Ed. J. W. Gough. Oxford, 1948, pág. 126" llama a la vida, la libertad, la salud, la posesión de las cosas externas, "intereses civiles"). Sobre el hedonismo en Bentham v. BAUMGARDT. Op. cit. pág. 267, en cuanto a los fundamentos de este hedonismo HAMPSTEAD, op. cit. pág. 375 recuerda que Bishop Butler trata a los intereses y al placer como intercambiables.

En general sobre el utilitarismo v. HODGSON, D. H. *Consequences of Utilitarianism*, Clarendon Press. Oxford, 1967. V. tamb.: POUND, Roscoe. *Lo spirito della Common Law*. Giuffrè-Ed. Milano, 1970, págs. 142 y 143. HART, H.L.A. *Contributi all'analisi del diritto*. Giuffrè-Ed. Milano, 1964, págs. 108 y ss. POUND, Roscoe, *Giustizia-Diritto-Interesse*. II Mulino, Bologna, págs. 134 y 135.

(5) Según la conocida tesis de FALZEA, Angelo. *Eficacia Jurídica*. Facultad de Derecho, 1973, pág. 60.

(6) NATOLI, op. cit. *supra* 1.

(7) Sobre la distinción entre cumplimiento y otras hipótesis de extinción de la obligación aunque esta no haya sido cumplida. TORRENTE, Andrea. *Manuale di diritto privato*. Giuffrè-Ed. Milano, 1968, pág. 388.

(8) NATOLI, op. cit. *supra* 1.

(9) El término "Acto debido" se remite una clasificación de los fenómenos jurídico temporales en función de la valoración jurídica preexistente, v. PEREZ, Víctor. *Los hechos jurídicos*. Instituto de Derecho Privado, 1974, pág. 20.

según se verá más adelante. En síntesis, tal criterio de valoración es aplicable tanto a la actuación de las obligaciones de origen contractual como a las de origen extracontractual (10).

Si bien nuestro Ordenamiento no lo contempla expresamente, la doctrina generalmente admite, por ejemplo, que las partes durante el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse según buena fe (11), que la buena fe debe presidir el comportamiento de las partes durante la pendencia de la condición suspensiva en un negocio jurídico sujeto a ella (12), que la interpretación del contrato, en general debe hacerse según buena fe, etc. (13). Es extraño que nuestros legisladores cuando redactaron el artículo 1022 del Código Civil "*transcribieran*" parcialmente el artículo 1134 del Código Civil francés, el cual expresaba: "*Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes*" (hasta aquí fue debidamente transcrito). "*Deben llevarse a ejecución de buena fe*" (esta parte fue eliminada). También en materia comercial encontramos múltiples aplicaciones del principio; así, por ejemplo se entiende por competencia ilícita o desleal todo acto o hecho engañoso que sin constituir alguno de los delitos especificados en el artículo 53 y 55 (de la ley de marcas) viole la buena fe comercial. (Así el artículo 52 de la citada ley).

ESTE CRITERIO DE VALORACION SE ENCUENTRA REFERIDO A LAS DOS PARTES DE LA RELACION OBLIGATORIA.

El principio en examen, por su amplitud sirve para la valoración de los comportamientos de actuación de la relación obligatoria, sin distinción entre el comportamiento del deudor y el del acreedor (14).

Sobre este problema específico la doctrina ha manifestado diversas posiciones:

NICOLO considera que el criterio de valoración en examen se refiere, lógicamente, al comportamiento del deudor, pues él es el obligado.

Pero, si bien es cierto que la actividad del deudor es la que más relieve adquiere como comportamiento capaz de satisfacer el interés que sirve de substrato a la obligación, debe reconocerse que no es el único. Además, el principio se refiere, como hemos visto, en general a la actuación de la relación obligatoria cubriendo por ello tanto el cumplimiento de la obligación como el ejercicio del derecho.

FALZEA Y GIORGIANNI, por otra parte, consideran que el principio en cuestión se refiere, más bien, al comportamiento del acreedor, en razón de que el comportamiento del deudor se encuentra ya vinculado por otras disposiciones específicas.

A ello puede observarse que no existe incompatibilidad entre estas otras disposiciones específicas y la buena fe como criterio genérico de valoración.

En síntesis, el principio es aplicable tanto a la valoración del comportamiento del sujeto activo (ejercicio del derecho) como al del sujeto pasivo (cumplimiento de la obligación).

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CARECE DE CONTENIDO APRIORISTICO. SOLO ENCUENTRA CONTENIDO EN LA VALORACION DE CONCRETOS COMPORTAMIENTOS.

En consideración del carácter eminentemente tópico de la ciencia jurídica (15) y a la estrecha

(10) NATOLI, op. cit. supra 1.

(11) Sobre la rectitud en las tratativas TRIMARCHI, Pietro Istituzioni di diritto privato. Giuffrè-Ed. Milano, 1973, pág. 273.

(12) V. BRUSCUGLIA, L. Cessione del contrato, buona fede e condizione suspensiva. En Studi... Op. cit. supra 1, pág. 305.

(13) La interpretación del negocio jurídico está dominada por el principio de la buena fe. TORRENTE, op. cit. supra 7, pág. 464.

(14) El principio de la buena fe se refiere tanto al acreedor como al deudor. MESSINEO, op. cit. supra 2, pág. 27.

(15) Según la tesis de VIEHWEG, T. Topica e giurisprudenza. Giuffrè-Ed. Milano, 1962.

conexión de sus conclusiones con los problemas concretos (16), el concepto de buena fe es esencialmente tópico; se ha dicho (DE LOS MOZOS, profesor de la Universidad de Salamanca) que es imposible por la variedad de su materia o por el empleo profuso que de ella hace el ordenamiento positivo, dar un concepto general de buena fe... porque... no cabe esclarecer conceptos generales de los que, por vía de deducción (17) vayan a establecerse consecuencias particulares, como lo creía el conceptualismo mediante lo que se denominó método de inversión sino una serie de criterios de orientación que requieren en cada caso, una precisión distinta, según el contenido a que respondan", lo que se puede considerar como una simple aplicación del principio de conveniencia del efecto al hecho (18).

En síntesis, el principio de buena fe no es determinable a priori sino que necesariamente se especifica con relación a las circunstancias del caso concreto. Por ello, la definición del contenido de las reglas de la buena fe solo puede ser aproximada, relativa.

LA DOCTRINA TRADICIONALMENTE HA ASIGNADO AL PRINCIPIO UNA FUNCION INTEGRATIVA.

Con base en un concepto de buena fe (nada estable por cierto, cuyo contenido es mutable de autor a autor, de juez a juez) la doctrina conceptualista (en cuanto del concepto deducían ideas de pretensiones normativas), ha intentado la construcción, (invención), —método criticado por la jurisprudencia de intereses— de una serie de posiciones de vínculo derivadas del mismo (se trata de una serie de efectos jurídicos, integrados a los efectos normales de la obligación, en los que el componente de valor es de "necesidad", deberes).

Así la DOCTRINA ALEMANA (ESSER, WEBER) ha establecido una serie de posiciones accesorias, con base en las siguientes directivas:

- a) necesidad para el deudor de realizar los comportamientos instrumentalmente indispensables para la realización de la obligación principal (Nebenleistungspflichten), o sea deberes secundarios de rendimiento.
- b) necesidad para ambas partes de evitar un daño (Sicherungs y Schadenverhütungspflichten), o sea deberes de prevención de daños, deberes de seguridad.
- c) necesidad de respeto del fin (Rücksichtspflichten), deberes de consideración.
- d) necesidad de cooperación recíproca (Mitwirkungspflichten), deberes de colaboración (19).

(16) Falzea hacía notar que "...el punto verdaderamente decisivo del trabajo científico del jurista es que el mismo está dirigido a resolver problemas prácticos, reales, puestos por los casos de la vida y que, como sabemos, los efectos jurídicos, entendidos en su sentido sustancial, no son otra cosa que la respuesta a estos problemas" FALZEA, Eficacia Jurídica, op. cit. supra 5.

(17) Tal como lo sostenía la ciencia jurídica conceptualista del siglo XIX que buscó la unidad lógico formal del Derecho mediante la creación de un sistema conceptual, que fue concebido en forma piramidal. La Ciencia Jurídica fue vista como la construcción de una pirámide conceptual en cuya amplia base estaban los conceptos más específicos, mientras que en los planos superiores estaban aquellos conceptos de mayor capacidad sintética v. RUMELIN, Max. Legal theory and teaching, pág. 9.

El jurista que representó este conceptualismo piramidal, heredero de la idea de sistema fue Puchta. V. SOLARL Storicismo e diritto privato. Torino, 1971. Pág. 265, COING, op. cit. pág. 178. PARESCE. Dogmatica giuridica, Enc. dir. XIII, pág. 192.

El sistema jurídico es concebido como pirámide. Para obtener el conocimiento sistemático es necesario poder recorrer en sentido ascendente tal pirámide, comprendiendo con ello la procedencia de cada concepto. Así, por ejemplo, el concepto de servidumbre de paso es comprensible sólo si se comprende el concepto de derecho subjetivo y, dentro de los derechos subjetivos, sólo si se comprende el concepto de derecho sobre una cosa o derecho real, y, dentro de los derechos reales, sólo si se comprende el concepto de derecho real de goce. En tal forma, la servidumbre de paso puede ser comprendida como derecho real de goce. Por otra parte, Puchta dio otro paso, un paso que le haría merecer las críticas de la Jurisprudencia de Intereses: llegó a admitir la posibilidad de obtener máximas jurídicas de los conceptos. V. COING, Helmuth. La giurisprudenza sociologica e la situazione del diritto privato in Germania. Nuova rivista di diritto commerciale. Cedam. Padova, 1951, vol. 4, pág. 177. En cuanto a las críticas de la Jurisprudencia de Intereses v. RUMELIN, op. cit. pág. 10. HECH, The formation of Concepts, Harvard, pág. 103 y Jurisprudence of Interests. Harvard, págs. 32 y ss.

(18) V. FALZEA, Eficacia jurídica, op. cit. supra 5, pág. 26.

(19) Sobre ellos se ha aclarado:

"Dado que,... la cooperación es prestada por el acreedor en su propio interés, ella no constituye objeto de una obligación suya frente al deudor. Es claro, por ejemplo, que quien ha adquirido un billete de teatro es libre de asistir

La **DOCTRINA ITALIANA**, por su parte ha hablado de una serie de deberes integrativos y de deberes de protección (cuya función es la tutela y protección de la persona y bienes de la contraparte). Se trata en síntesis de a) deberes instrumentales (correspondientes a los *Nebenleistungspflichten* de la doctrina alemana) y de b) deberes de protección y seguridad (correspondientes a los "*Sicherungs*" y "*Schadenverhütungspflichten*" de la doctrina alemana).

A esta posición tradicional (que ha construido esta serie de deberes integrativos) debe observarse: (20)

- a) con relación a los deberes instrumentales, que, ellos son simplemente especificaciones de la obligación principal aplicaciones del principio de conveniencia del efecto al hecho, y no nuevos efectos).
- b) con relación a los "*deberes*" de la segunda categoría puede comprobarse que también, en su mayor parte son especificaciones de la obligación principal.

Veamos algunos ejemplos:

Los llamados deberes "*de cuidado y conservación*".

El contrato de transporte de personas o cosas tiene como prestación el transporte sin daño (y no simplemente el transporte). Expresa el artículo 697 del Código Civil: "*La obligación de dar lleva consigo la de conservar la cosa hasta la entrega*" (21) y el 698: "*La obligación de velar por la conservación de una cosa, (o sea la obligación de conservar) derivase de una principal de dar, o de una de hacer, compele al deudor a emplear en la conservación los cuidados de un buen padre de familia...*". Específicamente dispone el artículo 335 inciso e) del Código de Comercio: *El porteador está obligado:*

- e) *a cuidar y conservar las mercaderías en calidad de depositario desde que las reciba hasta que las entregue a satisfacción del destinatario*".

En materia de arrendamiento encontramos también algunos ejemplos de "*obligaciones*" que no son sino especificaciones de una principal. (Este es un ejemplo de deducción lógica admisible en Derecho, de norma a norma, jamás de concepto a norma). Encontramos por ejemplo el artículo 1128 del Código Civil, según el cual, "*El arrendador... debe entregar al arrendatario la cosa con sus accesorios en estado de llenar el objeto para el cual se arrendó*". El artículo 1130, que expresa: "*El propietario debe hacer las reparaciones...*" (22). El 1133 que dice: "*Los vicios o defectos que impidan o desmejoren notablemente el uso de la cosa no conocidos por el arrendatario al hacerse el contrato, o sobrevenidos en el curso del arriendo, dan lugar a la resolución del contrato o a una disminución del precio según el caso. Si por cualquier motivo el arrendatario se viere privado de una parte de la cosa podrá según el caso, exigir disminución del precio o resolución del contrato*".

Los llamados deberes de protección.

También, en términos generales, en materia de "*cuidado de las cosas*", confirmamos el hecho de que pertenece a la esencia misma de ciertas prestaciones que se lleven a cabo en modo que sean protegidos los bienes (y en ciertos casos la persona) del acreedor. Así, en tema de arrendamiento, el artículo 1144 expresa: "*El arrendatario debe restituir la cosa, al fin del arrendamiento, en el estado en que la recibió, salvo su exención de responsabilidad por las pérdidas o deterioros de que no fuere culpable*". En materia de transporte vemos que (art. 1177) "*El porteador es responsable de la pérdida o de las averías de las cosas que le hayan sido confiadas, salvo pacto en contrario*" (23). También en el mandato podemos ver el deber del mandatario de proveer a la custodia de las cosas (1262 y 1267 C. C.). Igualmente, con relación al depósito (que se constituye precisamente para la guarda y custodia de una cosa mueble) vemos que

o no a la representación... son inaplicables al acreedor las reglas relativas al incumplimiento de las obligaciones". TRIMARCHI, op. cit. supra 11, pág. 325.

(20) NATOLI, op. cit. supra 1.

(21) La obligación de dar conlleva la de conservar. MESSINEO, op. cit. supra 2, pág. 42 y 292. págs. 42 y 292.

(22) V. MESSINEO, op. cit. supra 2, vol. IV, 1954, pág. 168.

(23) Responsabilidad del transportista por los daños de las cosas transportadas. MESSINEO, op. cit., supra 2, vol. IV, 1954, pág. 217. Sobre la obl. de custodia en el transporte de cosas. V. TORRENTE, op. cit. supra 7, pág. 520.

"...el depositario no puede usar de la cosa depositada..." (1348 C.C.) y que *"...es obligado el depositario a prestar en la guarda y conservación de la cosa el cuidado y diligencia que acostumbra emplear en la guarda de sus propias cosas"* (1349 C. C.).

También en materia de Comodato vemos que *"El comodatario no puede emplear la cosa, salvo que la convención se lo permita, sino en el uso a que por su naturaleza está destinada"* (1335 C.C.) y que *"El comodatario está obligado a cuidar de la cosa como buen padre de familia"* (1336 C. C.).

De las anteriores disposiciones puede deducirse la inutilidad de la construcción de una particular categoría de deberes (derivados del principio de buena fe), pues, en general puede admitirse que los llamados deberes integrativos instrumentales no son más que especificaciones de la prestación principal, la cual por su misma esencia sólo encuentra plena satisfacción de un modo determinado. (Modalidades de conducta que ha de ser llevada a cabo para satisfacer el interés que sirve de substrato a la obligación). Del mismo modo pueden considerarse ciertas *"obligaciones"* de seguridad y protección.

Otros ejemplos de deberes de protección específicos (no generalizables) se encuentran en materia laboral. Así, *"Son obligaciones de los patronos: e) proporcionar local seguro para la guarda de los instrumentos y útiles del trabajador"* (art. 69, Código de Trabajo) y, en cuanto a la seguridad no ya de los bienes, sino de la persona de una de las partes de esta relación obligatoria vemos que *"Todo patrono está obligado a adoptar las precauciones necesarias para proteger eficazmente la vida, la salud y la moralidad de los trabajadores"* (art. 193 C.T.) y que *"Es también obligación de todo patrono acatar y hacer cumplir las medidas que tiendan a prevenir el acaecimiento de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales"* (art. 194 C.T.).

El llamado "deber" de comunicación.

Además de este deber de protección la doctrina ha construido con base en el principio de buena fe la exigencia (necesidad axiológica) de que sea asegurada a las partes el completo conocimiento de las circunstancias.

Al efecto se han construido las obligaciones integrativas de: dar aviso y de suministrar información.

Los ejemplos en esta materia se encuentran, en particular en materia contractual:

Así, el artículo 1084 del Código Civil expresa: *"Si el comprador de la cosa mueble deja de recibirla, al vendedor después de constituirlo en mora (24), tiene derecho a cobrarle los gastos de conservación y los daños y perjuicios que se le causen con tener en su poder la cosa; y puede, o hacerse autorizar para depositar la cosa vendida en un lugar determinado y perseguir el pago del precio o demandar la resolución de la venta"*. Por su parte, el artículo 1135 dice: *"El arrendatario pierde el derecho de reclamar la garantía cuando no ha denunciado al arrendador la perturbación o embarazo que sufre..."* y el 1184: *"El que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria (para la ejecución de una obra) no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla o que la destrucción haya provenido de mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño"*.

Como puede observarse de los ejemplos citados en general, en estos casos, más que de una obligación se trata de una carga (un límite formal al ejercicio del derecho del acreedor) (25).

Además existiendo todas estas (y muchas otras) disposiciones específicas, ¿dónde estaría la función integrativa del principio de la buena fe?

CARACTERES GENERALES DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE:

El principio de la buena fe desarrolla su relevancia en la fase de actuación de la relación obligatoria influyendo sobre las modalidades concretas de ella y, más específicamente, imponiendo al juez valorar el

(24) La función de la mora es la de constatar formalmente el incumplimiento. MESSINEO, op. cit. supra 2, pág. 442. En este sentido se considera como hecho de conocimiento del cual deriva su función comunicativa.

(25) En línea general la cooperación del acreedor en el cumplimiento constituye una carga y no una obligación del acreedor mismo. TORRENTE, op. cit. supra 7, pág. 395.

comportamiento de las partes, no sólo sobre la base del mero criterio formal, sino en función de las exigencias concretas que las modalidades del caso pueden revelar. De lo dicho aquí se deriva la consideración del Principio de buena fe como instrumento para la concreta realización del Principio de Convención del efecto al hecho.

En la determinación del contenido de este principio se ha dicho que *"impone a las partes el deber de comportarse en modo de no dañar el interés ajeno fuera de los límites de la legítima tutela del interés propio"* (26).

Algunos autores (CARNELUTTI, SANTORO PASSARELLI) dan contenido (impreciso) al principio; dicen que es exigencia de lealtad, respeto a la confianza recíproca y escogencia de la solución menos gravosa para la contraparte con base en un principio de solidaridad derivado de la pertenencia de las partes a una misma comunidad jurídica.

Ya esta conceptualización aproximada del principio nos revela que la valoración según las reglas de la buena fe no es una valoración subjetiva o arbitraria. Se trata de una valoración (jurídica) de la relevancia de los hechos, con base en un criterio del cual el juez es intérprete (él no lo crea). De ello deriva que tal valoración está sujeta al control de Casación.

El principio de la buena fe sirve para tener advertido al juez de la necesidad de que, para la valoración de los comportamientos de los sujetos en la fase de actuación de la relación obligatoria, él realice la indispensable conexión entre las disposiciones particulares con las directivas ético-sociales de todo el ordenamiento (expresadas sintética y omnicomprensivamente en la Constitución: respeto de la personalidad de los sujetos, de su seguridad, de su libertad, de su dignidad humana). Ya sabemos según se vio al analizar la teoría de la eficacia jurídica que *"el efecto se determina en función del entero sistema y no del artículo de ley particular"* (27). Se trata de una valoración que debe darse necesariamente (de oficio) una vez agotada la valoración *"sub specie stricti iuris"* y sea constatada la correspondencia o disconformidad formal del comportamiento de las partes con la previsión legal. Se podrá entonces constatar una coincidencia, o falta de ella, entre las dos valoraciones: la legalista y la verdaderamente jurídica. En el primer caso (o sea en caso de conformidad) no hay problema. En el segundo caso (en el de disconformidad) se tratará de decidir cuál de las dos valoraciones debe prevalecer. La solución correcta debe dirigirse hacia la preferencia de la valoración según buena fe. Ella es, un criterio para determinar la conformidad de los comportamientos de los sujetos con las directivas axiológicas del Ordenamiento, en función de su capacidad para satisfacer los concretos intereses jurídicos.

De lo anterior puede concluirse que no es una valoración meramente subsidiaria, a la que se recurre sólo cuando no se pueda determinar la común intención de las partes, sino que es una valoración que necesariamente ha de encontrarse presente en todo examen de los comportamientos de actuación de una relación obligatoria (contractual o extracontractual).

(26) El mismo implica el deber de comportarse en modo de no sacrificar el interés ajeno y de no sobrepasar los límites de la legítima tutela del interés propio. MESSINEO, op. cit. supra 2, pág. 27.

(27) V. FALZEA, op. cit. supra 5, pág. 38.

PARTE II:

EL COMPORTAMIENTO DEL ACREEDOR

LA POSICION DEL ACREEDOR:

Tradicionalmente el estudio de la relación obligatoria, en su fase de actuación, se encuentra referido al deudor (examen del cumplimiento y de la satisfacción del interés del acreedor).

Sin embargo, la posición del acreedor es la posición jurídicamente predominante de la relación obligatoria. Tal preponderancia se mantiene se verifique o no el cumplimiento.

Caracteres del comportamiento del acreedor:

Es expresión de un derecho subjetivo (es, como se ha visto, la realización del componente de hecho de un efecto jurídico, en el que el componente de valor es de posibilidad).

Es facultativo. La valoración jurídica que recae sobre él es "*de posibilidad axiológica*".

Su falta de ejercicio no tiene otra consecuencia más grave que la posible extinción del derecho, sea por verificación de la prescripción, (art. 865: "*Por la prescripción negativa se pierde un derecho. Para ello basta el transcurso del tiempo*"), o bien por sobrevenir una imposibilidad de cumplimiento de la prestación por una causa no imputable al deudor, (art. 830: "*Se extingue la obligación cuando perece la cosa cierta y determinada, debida pura y simplemente o a término, que era objeto de la obligación...*". Art. 831: "*Para que esa pérdida produzca la extinción de la obligación es necesario: que la pérdida haya acaecido por caso fortuito sin que haya mediado hecho o culpa del deudor... etc.*") o porque se considera realizado el interés, a pesar del comportamiento pasivo del acreedor (en el caso de mora del acreedor: depósito si el acreedor no acepta).

En síntesis, en principio, el comportamiento del acreedor se presenta como un comportamiento libre (no necesitado).

A pesar de lo dicho, algunos (28) piensan que en determinados momentos de la actuación de la relación obligatoria, el comportamiento del acreedor se presenta como "*necesitado*" (no libre); se habla de particulares obligaciones que pesan sobre el acreedor en cuanto tal (y no en cuanto deudor, a su vez, como ocurre en las obligaciones con recíprocas prestaciones).

Tales obligaciones que se quieren atribuir al acreedor son:

- a) la necesidad de no agravar la posición del deudor.
- b) la necesidad de no obstaculizar o impedir el cumplimiento por parte del deudor.
- c) la necesidad de cooperar en tal cumplimiento.

Ejemplos:

- a) Responsabilidad del hotelero si hay aviso inmediato.
- b) Aviso al asegurador inmediatamente.

Tales deberes son expresión de determinados límites formales inherentes al derecho del acreedor.

Se trata, en efecto, de actividades que el acreedor debe desarrollar no en el interés del deudor, sino en su propio interés y, precisamente por ello, no pueden ser consideradas como una obligación en sentido técnico. Son condiciones esenciales para que el acreedor pueda obtener el resarcimiento de su propia pretensión.

Estos tales "*deberes*" representan la especificación del más general deber que la ley impone al titular

(28) FALZEA, Angelo. L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore. Giuffrè-Ed. Milano.

de todo derecho subjetivo, de cualquier categoría, de no sobrepasar los límites de las facultades que le ha otorgado el ordenamiento, agravando la posición del sujeto pasivo.

En cuanto a la "obligación" de no obstaculizar el cumplimiento y a "la" de cooperar en él:

En realidad estos tales "*deberes*" cuando no vienen realizados no pueden considerarse como "obligaciones incumplidas", sino como hechos que vienen a excluir el incumplimiento por parte del deudor. (Hechos que han producido el incumplimiento por razones imputables al acreedor; entonces, no generan responsabilidad por incumplimiento para el deudor).

En consecuencia, no se trata de obligaciones del acreedor.

Veamos un ejemplo:

Se habla del deber del acreedor de cooperar a la actividad de cumplimiento del deudor, por ejemplo en una compraventa tiene el "*deber*" de recibir el bien.

Sin embargo, encontramos disposiciones como el artículo 1084 del Código Civil:

"Si el comprador de la cosa mueble deja de recibirla, el vendedor, después de constituirlo en mora, tiene derecho a cobrarle los gastos de la conservación y los daños y perjuicios que se le causen con tener en su poder la cosa; y puede, o hacerse autorizar para depositar la cosa vendida en un lugar determinado y perseguir el pago del precio, o demandar la resolución de la venta".

Así, el destinatario podrá no valerse del derecho de recibir las cosas, pero no podrá impedir que el obligado (que ha hecho cuanto debía) se libere de toda ulterior responsabilidad depositando las cosas.

En síntesis, en esta hipótesis no es necesario hablar de un especial deber del acreedor de cooperar con el deudor, puesto que legalmente se encuentra la previsión que, atribuyendo un derecho potestativo al deudor, le permite prescindir de esa cooperación.

Es interesante además observar que en este caso el depósito por cuenta del comprador no es una sanción (derivada del incumplimiento de una "*obligación*" sino una medida que es adoptada también en el interés del mismo comprador, además que con el fin de liberar al vendedor de toda responsabilidad.

¿Cuáles son las razones generales que fundamentan la idea de que existe una obligación del acreedor de cooperar con el deudor?

Se habla de la positiva relevancia del interés del deudor a conseguir la liberación del vínculo obligatorio.

Es cierto que para el Ordenamiento es relevante el interés del deudor a conseguir la liberación del vínculo; sin embargo la tutela de este interés es asegurada mediante ciertos mecanismos, como el que hemos analizado anteriormente, que permiten al deudor liberarse del vínculo sin la cooperación del acreedor constatando al mismo tiempo que él había hecho todo cuanto debía hacer para el exacto cumplimiento de la obligación.

En síntesis, para la explicación del medio de satisfacción del interés del deudor no es necesario recurrir a la configuración de la obligación, o sea, no es necesario utilizar el esquema de la obligación. Basta el reconocimiento de una posición típicamente instrumental, como lo es el derecho potestativo.

MODOS DE EJERCICIO DEL DERECHO DE CREDITO

Uno de sus modos de ejercicio se produce mediante actos dispositivos:

Ej.: cesión, (art. 1104 del C.C.): "*La propiedad de un crédito pasa al cesionario por el solo efecto de la cesión...*".

Tal cesión produce una modificación subjetiva de la relación (eficacia innovativo-modificativa).

Ej.: Remisión (821-825 del Código Civil) que es también un acto dispositivo (como una donación).

Tal remisión da lugar a una hipótesis de liberación del deudor y extinción de la relación (efecto innovativo-extintivo) independientemente de la correspondiente actuación.

El ejercicio de la facultad de disposición no es, sin embargo, la modalidad más característica de ejercicio del derecho de crédito. Los derechos reales la contienen también. Ella consiste más bien en el

ejercicio de actividades concretas tendientes a obtener el cumplimiento por parte del deudor, que se dividen en dos grupos:

- a) Requerir la prestación.
- b) Recibir la prestación.

Además, un tercer aspecto conexo con los anteriores:

Actividades dirigidas a la conservación de la garantía patrimonial.

Encuentra sus más relevantes expresiones en:

- la acción subrogatoria.
- la acción revocatoria.

Veamos separadamente estos tipos de comportamientos del acreedor:

- a) Comportamiento del acreedor dirigido a requerir el cumplimiento del deudor:

La relevancia de este comportamiento se manifiesta en diversas disposiciones; de especial importancia las relativas al tiempo del cumplimiento.

Art. 774: Si la época en que debe ser exigible la deuda no está indicada en el título, "el acreedor puede inmediatamente demandar el pago...".

Art. 773: (Que impide que el acreedor pueda exigir la prestación antes de su vencimiento):
"lo que es debido a plazo no puede ser exigido antes de la expiración de éste...".

Art. 777: (Que legitima al acreedor a exigir la prestación inmediatamente, no obstante la existencia de un término a favor del deudor, cuando ocurren ciertas circunstancias que hacen caducar el beneficio del plazo).
"El deudor no puede reclamar el beneficio del plazo, a menos de garantizar el pago de la deuda:

- 1) Cuando se le hubiere declarado insolvente.
- 2) Cuando se han disminuido las seguridades que había dado al acreedor en el contrato, o no ha dado las que por convenio estaba obligado a dar,... etc...".

Por otra parte existen algunas disposiciones que determinan ciertos efectos jurídicos derivados de un comportamiento de este tipo (del acreedor). Por ejemplo, el efecto conservativo-fortalecedor que encontramos en materia de interrupción de la prescripción.

Art. 876 C.C.: "Toda prescripción se interrumpe civilmente: 2— por el emplazamiento judicial, embargo o secuestro notificado al deudor...".

Art. 879: "La prescripción negativa se interrumpe también por cualquier gestión judicial o extra-judicial para el cobro de la deuda y cumplimiento de la obligación (29).

Ello confirma la relevancia del comportamiento del deudor dirigido a requerir la prestación.

Esta conducta del acreedor da lugar a un comportamiento unilateral, que, por estar destinado a una persona determinada (el deudor) puede ser calificado como recepticio.

Se trata de lo que la doctrina ha denominado tradicionalmente un acto jurídico no negocial, (a pesar de ser manifestación de voluntad) por cuanto es evidente que los efectos no son conformados por una voluntad dirigida a producirlos. (La consecuencia práctica de ello es la inaplicabilidad al requerimiento de las reglas relativas a la capacidad de actuar de los sujetos y a los vicios de la voluntad negocial).

FORMA Y CONTENIDO DEL REQUERIMIENTO:

Forma (del acto de requerimiento): Para ciertos efectos (como la interrupción de la prescripción) no son necesarias formalidades especiales. Para otros efectos sí (demanda judicial exigiendo el pago).

(29) V. SALA DE CASACION, No. 109 de las 16:15 hrs. de 29 de noviembre de 1966. Tomo 2, II semestre, pág. 704, y No. 57 de 15:45 hrs. de 6 de junio de 1961, II tomo, I semestre, pág. 686.

Contenido (del acto de requerimiento): Basta que el mismo revele la intención del acreedor, (debe ser del acreedor. Así: *"la prescripción negativa no se interrumpe por gestiones de un tercero"* (30) de solicitar el cumplimiento).

Como se ha dicho, el requerimiento de cumplimiento es recepticio; en consecuencia debe ser llevado a conocimiento del deudor que es su destinatario natural (con comunicación a él dirigida).

Hemos examinado hasta aquí forma y contenido del requerimiento de cumplimiento. Veamos ahora la colocación temporal y espacial de este comportamiento del acreedor.

TIEMPO DURANTE EL CUAL EL ACREEDOR PUEDE EXIGIR O DEMANDAR EL CUMPLIMIENTO.

Dos hipótesis:

1.— Que no se haya fijado preventivamente ningún término o plazo en el cual deba cumplirse la prestación.

Dos posibilidades:

- a) Que dependa de la voluntad del acreedor (art. 774).
- b) Que dependa de la voluntad del deudor (775).

2.— Que se haya fijado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación.

Veamos estas hipótesis:

I. Que no se haya fijado preventivamente el plazo.

El término es un límite al ejercicio del derecho del acreedor. Si no existe tal límite el ejercicio del derecho puede realizarse de inmediato (1774 C.C.).

Esta regla debe entenderse en sentido relativo. Ella es aplicable *"a menos que la obligación por su naturaleza o por disposición especial de la ley, requiera, para ser exigible, el lapso de cierto tiempo"* (art. 774 C.C.).

En consecuencia, en ausencia de una fijación comercial de término, el mismo puede ser deducido de la naturaleza de la obligación, en consideración a sus finalidades normales, o bien, puede considerarse que la falta de fijación de un término debe interpretarse como un tácito acuerdo de las partes sobre un término considerado normal en relación a la naturaleza de la prestación y a los recíprocos intereses jurídicamente relevantes.

La limitación que esta segunda parte del artículo 774 establece al principio debe referirse a particulares situaciones de hecho.

Hay hipótesis donde la necesidad de un término es algo inherente a la estructura de la obligación misma. Tales hipótesis tienen una regulación propia.

Así: Con relación al contrato de mutuo (préstamo gratuito de cosas fungibles) tenemos el 2o. párrafo del artículo 1344 del C.C.:

"No habiéndose dicho nada acerca del plazo, la restitución se hará treinta días después de la entrega de la cosa, hecha al mutuario".

En las otras hipótesis donde la naturaleza de la prestación exija un plazo para el cumplimiento, pueden presentarse algunos problemas: puede ocurrir que las partes no se pongan de acuerdo sobre la necesidad (derivada de la naturaleza de la prestación) de un plazo, o bien, que no se pongan de acuerdo para fijar la medida de este plazo.

En tales casos corresponde al juez establecer la medida en que la obligación (por su naturaleza) exige la existencia de un cierto lapso para su cumplimiento. Se trata de una valoración de hecho mediante la

(30) SALA DE CASACION, No. 11 de 10:30 hrs. de 28 de enero de 1956, tomo I, I semestre, pág. 164.

cual se establece, dada la situación, cuál es el término dentro del cual la prestación puede cumplirse. Para tal valoración se acude a los usos (El art. 1023: *"Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta"*).

El poder del juez sirve para contener dentro de límites razonables el principio general que legitima al acreedor para exigir inmediatamente la prestación, adecuando la relación obligatoria a las efectivas exigencias de hecho. Se trata de una intervención del juez de carácter integrativo, en cuanto sirve para integrar la programación negocial.

II. Que haya sido fijado el plazo en la regulación negocial.

En esta segunda hipótesis desaparece toda posibilidad de intervención integrativa para el juez, al cual no le queda otra cosa que constatar la existencia del término convencional. La particular relevancia del término no puede ser alterada por el juez; ella sólo puede ser superada por la ley o por las partes.

I. Por la ley: como ocurre con la llamada decadencia del beneficio del término (según el art. 777 del Código Civil).

II. Por las partes:

- a) modificación convencional
- b) concesión de una prórroga (comportamiento del acreedor)
- c) anticipación del cumplimiento (comportamiento del deudor; art. 773, última idea).

Antes de analizar el esquema planteado veamos cuáles son las reglas del Código relativas al cómputo del término para el cumplimiento de las obligaciones.

En esta materia se tiene un campo de aplicación extensiva del art. 881 del C.C.: *"En las prescripciones por meses y por años, se cuentan unos y otros de fecha a fecha, según calendario gregoriano. Si el término fuere de días, el día en que principia se cuenta siempre entero, aunque no lo sea; pero aquel en que termina debe ser completo"*.

La aplicación extensiva referida encuentra justificación en el artículo 882 del mismo Código: *"La disposición del artículo anterior se aplicará también a todos los plazos o términos señalados por la ley o por las partes, en las convenciones y relaciones civiles de las personas, salvo que en la misma ley o en el convenio o acto jurídico se disponga otra cosa"*.

Veamos las posibles hipótesis de fijación convencional del plazo:

- a) Sin que se especifique a favor de quien.
- b) Especificado que es a favor del acreedor.
- c) Especificado que es a favor del deudor.
- d) Especificado a favor de ambos.

En realidad son 3 porque a) y c) coinciden ya que el artículo 776 del C.C. establece una presunción (iuris tantum) por la cual *"el plazo se presume estipulado en favor del deudor..."* por lo cual, en ausencia de acuerdo expreso sobre el punto, el término juega a favor del deudor. (Debe aclararse que esta presunción tiene vigencia siempre, cualquiera que sea la fuente de la obligación).

La función del término a favor del deudor la encontramos en el artículo 773 C.C.: *"Lo que es debido a plazo no puede ser exigido antes de la expiración de éste"*, o sea, el acreedor no puede exigir la prestación antes del vencimiento del término.

TERMINO Y CONDICION.

Teoría tradicional: (BARASSI): la no exigibilidad del crédito es la prueba de inactualidad de la relación obligatoria antes del vencimiento del término. En este sentido, se dice, la función del término inicial es del todo análoga a la de la condición suspensiva, en cuanto ambos provocan un *"atraso"* en el nacimiento de la relación; la diferencia se ha establecido con base en que mientras se mantiene esta situación de falta de exigibilidad en el caso del término existe una expectativa cierta, mientras que en el

caso de la condición suspensiva se trata de una posición de interés solamente eventual, no seguro. Se establece la diferencia con fundamento en la antítesis certeza-incerteza.

T. de Natoli: la diferencia puede encontrarse más bien en que en el caso de la condición suspensiva existe una situación de relevancia, mientras que en el caso del término surge la situación jurídica pero se atrasa su ejecución.

No faltan sin embargo los casos en que se habla indiferentemente de crédito sujeto a término o a condición suspensiva. Un artículo de nuestro Código Civil da la base para establecer la distinción. Expresa el 604: *"El legatario adquiere el legado... a término cierto... desde que muere el testador. El legado o herencia cuya existencia dependa de condición suspensiva no se adquiere por el legatario o heredero, sino al cumplirse la condición"*.

La diferencia se nota si se observa que el acreedor bajo condición suspensiva puede antes del verificarse de la condición ejercer todos los actos conservatorios de su derecho (art. 683 del C.C.), sólo los actos conservatorios; la realización de su interés se encuentra excluida porque su derecho todavía no existe y él no es todavía acreedor. Esta posibilidad existe, en cambio, para el acreedor a término, aún antes del vencimiento (aunque dentro de ciertos límites). La plena validez del pago anticipado y la consecuente exclusión de la repetición de lo que ha sido pagado antes del vencimiento; *"lo que ha sido pagado antes no puede ser reclamado"* (art. 773 C.C.) son la demostración más convincente de la perfecta existencia del crédito desde antes del vencimiento, y al mismo tiempo, aclaran que la función del término (a favor del deudor) se desarrolla no respecto a la existencia, sino con relación solamente al ejercicio del derecho de crédito, sin excluir la eventualidad de una realización anticipada del interés del acreedor. Una confirmación ulterior se tiene con la llamada decadencia del beneficio del término (art. 777 C.C.) que eliminando todo límite temporal al ejercicio del crédito legitima al acreedor a exigir inmediatamente la prestación.

TERMINO A FAVOR DEL ACREEDOR O A FAVOR DE AMBOS SUJETOS (ACREEDOR Y DEUDOR)

Estas dos hipótesis tienen en común la característica de depender de una previsión específica (en la ley o en la voluntad expresa o tácita de las partes). Se diferencian en razón de que la primera implica una inversión de las reglas válidas cuando el término es a favor del deudor, mientras que la segunda, dando lugar a la aplicación contemporánea de reglas opuestas, quita al término toda elasticidad y lo hace fijo.

En cuanto al término a favor del acreedor encontramos que en tal caso éste está legitimado para pedir la prestación en cualquier momento. El ejercicio de su derecho no encuentra un límite temporal. Correlativamente el deudor no puede exigir ser liberado antes del vencimiento si el acreedor no lo quiere.

No da lugar a ulteriores consideraciones la hipótesis en que el término vale para ambas partes como ocurre con el mutuo oneroso.

Las reglas expuestas hasta aquí se refieren al término inicial, considerando como tal el momento a partir del cual la prestación llega a ser exigible.

MODALIDADES ESPACIALES DE LA ACTIVIDAD DEL ACREEDOR DIRIGIDA A REQUERIR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION

Hemos analizado:

COMPORTAMIENTO DEL ACREEDOR.

A) Sentido y caracteres (facultativo)

B) Modos de ejercicio de la posición del acreedor

1) **Actos dispositivos** (no es característico específicamente de los derechos de crédito).

2) **Actos característicos.**

a) **Requerir la prestación.**

—modalidades
temporales.

Pasemos ahora al examen de las modalidades espaciales y al comportamiento del acreedor relativo a la recepción de la obligación:

Modalidades espaciales.

Lugar del cumplimiento (o sea lugar donde se RECIBE la prestación) y lugar del REQUERIMIENTO de cumplimiento pueden coincidir, pero también pueden ser diversos.

Art. 778 C.C.: El pago debe hacerse en el lugar designado expresa o implícitamente en el título de la obligación; en defecto de designación, en el domicilio del deudor al contraerse la deuda, a menos que la obligación tenga por objeto una cosa determinada, pues entonces se hará el pago en el lugar en que se encontraba al firmarse la obligación.

COMPORTAMIENTO DEL ACREEDOR DIRIGIDO A RECIBIR LA PRESTACION.

El "recibir" la prestación es el segundo aspecto del ejercicio del derecho de crédito.

Este comportamiento (de recibir la prestación) no es "necesitado" (no existe una obligación para el acreedor).

LA CAPACIDAD DEL ACREEDOR.

En principio existe la regla del que el acreedor en el momento de recibir el cumplimiento de la prestación debe ser capaz (de actuar). La incapacidad produce la invalidez del pago como tal; en consecuencia: la prestación efectuada al incapaz no libera al deudor.

Este principio tiene una excepción que veremos seguidamente.

Principio y excepción se encuentran previstos en el artículo 768 del Código Civil: "*El pago hecho al acreedor que no tiene la libre disposición de sus bienes no es válido sino en cuanto le aprovecha*".

Como se observa la ley ha puesto a cargo del deudor el probar que lo que fue pagado al acreedor incapaz ha sido (parcial o totalmente) beneficioso para él, ha sido efectivamente empleado en su ventaja. En los límites en que esta demostración se verifique se produce la liberación del deudor.

Para que el pago de una deuda a un incapaz pueda desarrollar su normal eficacia liberatoria (innovativo-extintiva) es necesario que sea hecho al representante legal. (Art. 766: El pago debe ser hecho al mismo acreedor o a quien legítimamente represente sus derechos).

ASPECTOS DIVERSOS QUE PUEDE PRESENTAR EL COMPORTAMIENTO DEL ACREEDOR DE RECIBIR LA PRESTACION.

En general (salvo las llamadas obligaciones negativas) todas las otras requieren el concurso de la actividad del acreedor, (aunque mínima).

EN LAS OBLIGACIONES DE DAR:

El cumplimiento se verifica cuando el deudor en el tiempo y en el lugar convenidos, o bien establecidos por la ley, pone a disposición del acreedor la cosa (o cosas) objeto de su prestación.

Correspondientemente, en este caso, el comportamiento del acreedor consiste, generalmente, en acoger en su esfera de propia disposición material la cosa o las cosas debidas.

SUJETOS DE LOS CUALES LA OFERTA DE CUMPLIMIENTO PUEDE VENIR.

En principio, del deudor es el verdadero obligado, y, por ello es el sujeto del cual normalmente puede venir la oferta de cumplimiento. Sin embargo, puede ocurrir que tal oferta venga de un tercero (respecto a los sujetos originarios de la relación).

Nuestro Código Civil en su artículo 765 expresa: *"Cualquiera puede pagar a nombre del deudor, aún oponiéndose éste o el acreedor; en caso de concurso un coacreedor puede hacer el pago aún contra la voluntad de ambos."*

Si para la obligación de hacer se han tenido en cuenta las condiciones personales del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona, contra la voluntad del acreedor".

El término tercero se emplea para indicar un sujeto, extraño a la relación que liga acreedor y deudor.

El cumplimiento del tercero está caracterizado por un elemento volitivo debidamente exteriorizado que consiste en el *"animus"* de realizar el derecho del acreedor. La extinción de la obligación del deudor respecto a tal elemento se presenta como un momento ulterior y puramente eventual; ya que la obligación no se extingue si se produce una subrogación (según el artículo 786 que al respecto dice: *"El acreedor que recibe de un tercero el pago de la deuda, aunque no está obligado a subrogar a éste en sus derechos y acciones, puede hacerlo, con tal que la subrogación y el pago sean simultáneos y que conste aquella en la carta de pago"*) según veremos más adelante.

De lo dicho se observa que para los fines de la realización del interés que se encuentra en la base del derecho del acreedor, la ley no considera siempre indispensable la prestación del deudor.

La actividad del deudor se presenta como un medio, (pero no necesariamente el único) para la realización del interés del acreedor (NICOLO). De ahí se ha hablado de la fungibilidad del comportamiento del deudor.

Frente a la oferta del tercero, el acreedor, no siempre puede oponerse. Sin embargo, la obligación de hacer no puede ser cumplida por un tercero contra la voluntad del acreedor si este tiene interés de que sea cumplida por el mismo deudor, esto es, cuando se han tenido en cuenta las condiciones personales del deudor.

PAGO CON SUBROGACION.

Cumplimiento efectuado por un tercero y subrogación.

La liberación del deudor cuando el cumplimiento es realizado por un tercero es una consecuencia meramente eventual, que se verifica solamente cuando no tenga lugar la subrogación y el tercero no se coloque en la posición del acreedor satisfecho, asumiendo él mismo la posición del acreedor.

Es una facultad del acreedor dar lugar a la subrogación, pero ello debe ocurrir precisamente en el momento en que el tercero ofrece la prestación y el acreedor la recibe. El citado artículo 768 C.C. afirma: *"con tal que la subrogación y el pago sean simultáneos"*. Se requiere, pues, una específica manifestación de voluntad, que se concreta en un típico negocio unilateral y que en todo caso, debe ser hecha en modo expreso. No sería, por ello, suficiente la declaración del acreedor de haber recibido del tercero la prestación debida (o sea por medio de un recibo). Dice el artículo en examen: *"con tal de que conste aquella en la carta de pago"*.

La subrogación realizada por el acreedor recibiendo la prestación del tercero, se diferencia bajo ciertos aspectos de la cesión del crédito (art. 1104 C.C.). La diferencia se refiere no solamente a la estructura del negocio que, en un caso se caracteriza como unilateral (subrogación) y en el otro como bilateral (cesión), sino también a su relevancia. Si bien, en efecto, en ambos casos tenemos una modificación relativa al sujeto activo de la relación, la subrogación pone *"fuera de juego"* al acreedor originario, también frente al deudor sin necesidad de la notificación, necesaria al efecto en la cesión (art. 1104 C.C.).

ASPECTOS MARGINALES DEL COMPORTAMIENTO DEL ACREEDOR.

Como consecuencia del recibir la prestación se presentan algunos aspectos ulteriores. Se trata de

comportamientos necesarios del acreedor (verdaderos deberes) como tal, en cuanto (y en los límites en que) su derecho ha sido satisfecho.

Tales obligaciones son sustancialmente dos: por una parte, en efecto, debe dar al deudor el recibo en el cual hace constar la recepción de la prestación (esta obligación genérica se deduce de los artículos 779 y 781 C.C.) y además, debe permitir la liberación de los bienes que le han sido dados en garantía de la satisfacción de su derecho (respecto a los vínculos que limitan su disponibilidad).

A ambas obligaciones corresponden dos precisos derechos del deudor (que ya ha dejado de serlo): el derecho al recibo (puede también corresponder al tercero que efectúa el pago) y el derecho a la liberación de la garantía (que también corresponde al tercero que haya vinculado sus propios bienes, en la hipótesis —por ejemplo— del artículo 409 C.C. relativa a la hipoteca para garantizar deudas ajenas).

PARTE III:

EL COMPORTAMIENTO DEL DEUDOR DURANTE LA FASE DE ACTUACION DE LA RELACION OBLIGATORIA

En la primera parte de este trabajo hemos visto como la actuación de la relación obligatoria se realiza con el comportamiento de las partes (como expresiones concretas de las respectivas posiciones de acreedor y deudor).

Ambos comportamientos se encuentran sometidos a un único y general criterio de valoración: el de la buena fe.

Del comportamiento del acreedor hemos analizado sus dos posibles momentos de desarrollo (momento de requerir la prestación y momento de recibirla).

Para completar el cuadro es necesario pasar ahora el análisis del comportamiento del deudor, esto es, del sujeto pasivo de la relación obligatoria.

Para seguir con el mismo método de análisis veremos el sentido y las modalidades del referido comportamiento.

LA POSICION DEL DEUDOR.

A diferencia del comportamiento del acreedor que, en cuanto expresión del ejercicio de un derecho subjetivo es, como se ha visto, esencialmente libre y facultativo, el comportamiento del deudor, como expresión del cumplimiento de una obligación es, en cambio, por naturaleza típicamente necesitado o debido.

Ello se explica en cuanto el deudor no es jurídicamente árbitro de decidir si realizar o no aquella actividad que corresponde al contenido de su obligación; él debe realizarla, ya que, en caso contrario, se encontraría automáticamente en la situación de ilegitimidad (esto es, de no conformidad con la ley) que se suele denominar INCUMPLIMIENTO que, en cuanto dependiente de su culpa conlleva la aplicación de determinadas sanciones (resarcimiento del daño, resolución de la relación, art. 692 Código Civil).

ANALISIS DE LA TESIS DE FALZEA:

Este autor ha querido ver, como lo hemos analizado, la existencia de una valoración de necesidad sobre el comportamiento del acreedor (que según analizamos era fundamentalmente libre). Del mismo modo, correlativamente, desde el punto de vista del interés del deudor a la liberación del vínculo obliga-

torio ha hablado de un "verdadero" derecho subjetivo del deudor (derecho al cumplimiento de la obligación). Según esta tesis, el comportamiento del deudor no es solamente necesitado o debido, sino también expresión de un derecho subjetivo (libre y facultativo). Se ha planteado así la existencia de un "derecho del deudor a conseguir la liberación mediante cumplimiento".

Como fundamento de la afirmación anterior se ha hecho notar que el Derecho Civil permite al deudor rechazar las ventajas de una liberación por renuncia unilateral (remisión) del acreedor (según el artículo 821 "La remisión está sometida en cuanto al fondo a las reglas de las donaciones...", y las donaciones deben ser aceptadas. Art. 1399 Código Civil).

Estas disposiciones, sin embargo lo que parecen demostrar es que la ley no considera indiferente el punto de vista (y por ello la decisión) del deudor con relación al modo en el cual deba producirse la extinción de la obligación.

En realidad estas disposiciones que establecen que la declaración del acreedor de remitir la deuda debe contar con la aceptación del deudor, encuentran justificación no tanto en el interés del deudor a cumplir, sino en su interés (jurídicamente considerado importante) a rechazar una solución que aunque ventajosa es fruto de una concesión del acreedor que puede que no sea deseada y que, al mismo tiempo, puede ser capaz de dar a la relación un colorido equívoco al cual pueden conectarse reflejos sociales negativos.

En síntesis, es innegable la existencia del derecho de rechazar esta solución ventajosa derivada de un acto unilateral del acreedor. Es, sin embargo, innegable también que este derecho no implica (lógicamente) un derecho al cumplimiento (el cual es, en todo caso un deber).

Se podría, superficialmente, describir la situación diciendo que con el rechazo de los efectos de la remisión el deudor prefiere (escoge) el cumplimiento. Sin embargo, se trata de una escogencia puramente aparente, pues la alternativa no tiene por polos el cumplimiento o el incumplimiento, sino el aprovechar o no de la renuncia del acreedor.

En cuanto a la llamada liberación coactiva del deudor, como ya lo hemos analizado en la parte II, es claro que ella no comporta la afirmación de un derecho del deudor a pretender la cooperación del acreedor para los efectos del cumplimiento (y, pues, de una obligación del acreedor de cooperar).

El interés a la liberación del vínculo es relevante en cuanto el acreedor no puede pretender más de lo que le es debido y el deudor no debe prestar más (de lo que está "in obligatione") y por ello no está obligado a sufrir la continuación del vínculo obligatorio más allá de sus límites normales de duración (por causa de una decisión arbitraria y unilateral del acreedor). Ello justifica la existencia de mecanismos de tutela como la posibilidad reconocida al deudor de liberarse (coactivamente), o bien (más precisamente) de obtener la liberación no obstante la actitud negativa del acreedor cuando este rechaza o no reciba "sin motivo legítimo" la prestación debidamente ofrecida.

Lo anterior significa que el interés del deudor a la liberación funciona como límite (externo) del derecho del acreedor, cuyo ejercicio, visto como "no recibir la prestación" se justifica solamente cuando se encuentre motivado por una exigencia prevaleciente.

Precisamente con el fin de tutelar la posición del deudor, la ley reconoce a éste un particular derecho potestativo, esto es, una posición subjetiva activa meramente instrumental. No es posible apoyarse en esta posición instrumental para afirmar la existencia de un derecho del deudor al cumplimiento.

OTRAS HIPOTESIS EN LAS QUE SE PLANTEA EL PROBLEMA DE LA "LIBERTAD" JURIDICA DE DETERMINACION DEL DEUDOR.

- a) Este problema se plantea cuando el contenido de la prestación deba determinarse en concreto con relación a un fin específico pre-fijado, de modo que corresponda al deudor apreciar cuáles son los medios en cada caso necesarios e idóneos para el logro de tal fin, así como dirigir en el sentido respectivo la propia actividad.

Ello ocurre por ejemplo en el caso de la obligación de administrar, que se da en el mandato en el que hay poder general. El artículo 1255 del Código Civil enumera una serie de "Facultades" ("celebrar los convenios y ejecutar los actos necesarios para la conservación o explotación de los bienes, intentar y sostener judicialmente las acciones posesorias y las que fueren necesarias para interrumpir

la prescripción respecto de las cosas que comprende el mandato, alquilar o arrendar los bienes muebles e inmuebles hasta por un año..., vender los frutos así como los demás bienes muebles que por su naturaleza están destinados a ser vendidos o se hallen expuestos a perderse o deteriorarse, exigir judicial y extrajudicialmente el pago de los créditos y dar los correspondientes recibos, y ejecutar todos los actos jurídicos que según la naturaleza del negocio se encuentren virtualmente comprendidos en él como medios de ejecución o como consecuencias necesarias al mandato.").

Debe aclararse que si bien es cierto que en estos casos y otros semejantes se habla de facultades, de poderes o de derechos y no de obligaciones, con tal término no se hace otra cosa que fijar los límites de la legitimación del administrador en relación al contenido de la obligación. En efecto, se trata de una "libertad" que no se refiere a la prestación en cuanto tal, sino solamente a sus modalidades; la prestación sigue siendo siempre debida. Más que de una libertad de tal actividad debe hablarse de una discrecionalidad, puesto que ella, no sólo es necesaria sino que está vinculada al fin.

- b) Un fenómeno análogo se tiene también en las obligaciones genéricas dado que en ellas se reconoce al deudor una cierta facultad de escoger con relación a la cosa que es objeto de la prestación. Se trata también aquí de una pseudo-facultad (contenido en límites bastante estrechos) que se refiere sólo a las modalidades y no a la prestación en cuanto tal (que siempre es debida).

Las mismas consideraciones sirven para las obligaciones alternativas en las cuales puede corresponder (art. 654) del Código Civil) al deudor la escogencia de la prestación.

Con relación a las obligaciones facultativas que, como se sabe, se distinguen de las precedentes porque la prestación es única, pero está permitido al deudor el escoger una prestación diversa (arts. 659 y 660 Código Civil) también observamos que la decisión del deudor se refiere sólo al "como" (a las modalidades) de la prestación, pero no a la misma prestación en cuanto tal (que aquí también es debida).

NATURALEZA JURIDICA DEL COMPORTAMIENTO DEL DEUDOR

Para algunos autores el carácter "debido" del comportamiento del deudor es expresión de una modalidad puramente extrínseca, ya que el referido comportamiento tiene relevancia en cuanto acontecimiento objetivo del cual derivan determinadas consecuencias, no interesando ningún perfil subjetivo del fenómeno.

Dentro de los que sostienen tal posición encontramos: aquellos que consideran el comportamiento del deudor como un puro y simple hecho jurídico (OPPO, CARIOTA-FERRARA, BARASSI), los que lo consideran como un acto no voluntario o meramente exterior (MIRABELLI) y los que lo califican de acto efectual (MESSINEO), etc.

Todas estas posiciones presentan una desvaloración (con diversas gradaciones) del elemento psicológico del comportamiento del deudor.

Otra parte de la doctrina se ha planteado el problema de la naturaleza del pago atendiendo a algunos de sus aspectos subjetivos.

La negación de relevancia de los momentos subjetivos se ha basado en la afirmación de la inaplicabilidad al pago de las normas relativas a los vicios del consentimiento. De ahí se ha llegado a la negación de naturaleza negocial al pago sin que ello implique que el pago tiene naturaleza de mero hecho jurídico.

Veamos:

ERROR: fuera de los casos de pago hecho a persona diversa (del verdadero acreedor) que serían los únicos donde el error podría presentar el carácter de esencialidad, es difícil encontrar otras hipótesis.

Sin embargo en esta hipótesis ni siquiera se puede hablar de pago (o cumplimiento) pues el error transforma la figura dando lugar a una figura primaria diversa: el pago indebido (previsto en el art. 803 del C.C.: "El que pagare, por error de hecho o de derecho, o por cualquier otro motivo, pagare lo que no debe, tendrá acción para repetir lo pagado", precisamente porque la prestación efectuada no corresponde a una obligación).

Otra posible hipótesis de relevancia del error se encuentra en la norma que excluye la repetición del

pago anticipado (aunque la anticipación se deba a error sobre el momento de vencimiento del plazo: "*La norma afirma*". Art. 773: "*Lo que es debido a plazo no puede ser exigido antes de la expiración de éste; pero lo que ha sido pagado antes no puede ser reclamado*").

El problema que se plantea con esta disposición exige una interpretación, una escogencia entre dos alternativas: relevancia o irrelevancia del error; nuestro Código no lo toma en cuenta; en el 773 parece comprenderse la hipótesis de pago anticipado por error sobre el momento del vencimiento).

DOLO: Solamente en la hipótesis en que el error haya sido provocado por el dolo del acreedor tendría relevancia, pero no para efectos de determinar la invalidez del pago, sino (ya en una nueva figura primaria) para reclamar el derecho (del mismo que ha pagado) al resarcimiento del daño frente a quien con sus comportamientos, de mala fe lo ha llevado a realizar una prestación no debida actualmente o no debida (1020 Código Civil).

VIOLENCIA MORAL: En cuanto al pago obtenido mediante violencia moral:

Dos tesis:

OPPO: "*El deudor, no obstante la influencia del vicio no ha hecho más que observar el vínculo al cual estaba ligado*".

Pero, ello sería ensanchar en exceso los límites del principio de la Autotutela (que por su parte se justifica en casos especiales como el derecho de retención) el cual es excepcional. No puede justificarse jurídicamente que sus instrumentos (los que hacen operante el principio) sean el fraude y la violencia.

GIORGIANNI: "*el pago, hecho por el deudor, en estado de violencia, debe considerarse repetible*". El instrumento para tal fin es el de la tutela posesoria por aplicación analógica, a pesar de que según el art. 653 del Código de Procedimientos Civiles "*los interdictos sólo proceden respecto de bienes raíces...*" Se trataría de un mecanismo de tutela análogo al interdicto de restitución (art. 664) "*Corresponde este interdicto al que estando en la posesión pacífica de una cosa, ha sido despojado de ella*".

La justificación de la analogía se basa en un argumento A FORTIORI (con mayor razón):

Si estas acciones posesorias se justifican aún ante el propietario (titular de un derecho considerado por el legislador digno de tutela) con mayor razón deben permitirse frente al acreedor.

Debe notarse sin embargo que en esta hipótesis (de violencia moral) el pago se produjo, pero la violencia moral, sobre el deudor ejercida, es suficiente para producir su invalidez, y en consecuencia ello basta para demostrar que si bien no parece justificado afirmar la naturaleza negocial del pago (por no existir una programación conformadora-normativa de los intereses) tampoco puede éste ser reducido a mero hecho.

Dentro de la clasificación tradicional de los fenómenos jurídicos temporales el pago pertenece a la categoría del acto.

Veamos su ubicación dentro de la nueva tendencia fenomenológica:

El pago es un comportamiento en cuanto es necesariamente el resultado de una iniciativa humana.

Su esfera de incidencia depende del tipo de prestación, por lo que estructuralmente el cumplimiento (o pago) puede ser un comportamiento material, o un comportamiento relativo a la esfera superior.

La naturaleza negocial del cumplimiento se da cuando el cumplimiento mismo es, a la vez, fuente de efectos jurídicos programados por las partes. Ello ocurre así, por ejemplo, cuando de un contrato preliminar surge la obligación de transmitir un derecho. La actuación del citado contrato preliminar se realizará cuando se verifique el negocio jurídico mediante el cual se transmite ese derecho.

Estas ideas confirman la falta de nitidez de la clasificación de los actos según la situación jurídica preexistente en debidos, lícitos e ilícitos (según que la valoración preexistente sea de deber hacer, de poder o de deber-no-hacer) ya que la hipótesis en examen puede recibir dos de las calificaciones (acto lícito y acto debido).

Hay, además de la obligación de transferir, otras en las que el contenido está representado por una actividad negocial. Por ejemplo, la actividad del mandatario con poder generalísimo (1253 C.C.). Se trata de casos en los que el deudor cumple (satisface el interés del acreedor) mediante la realización de un negocio jurídico.

En síntesis, el cumplimiento es siempre, necesariamente, un acto debido; tal es su naturaleza jurídica constante (si bien en ciertos casos puede tener estructura negocial). La relevancia de los momentos subjetivos ha de determinarse en cada caso, según las modalidades de la prestación.

MODALIDADES DEL COMPORTAMIENTO DEL DEUDOR

Con el examen realizado sobre la relevancia de los momentos subjetivos del comportamiento del deudor, es posible ahora pasar a los principios generales que determinan las modalidades del comportamiento del deudor, es decir, el "como" de su prestación. Se ha considerado que existe un principio jurídico que sirve de criterio para la determinación de estas modalidades: es el criterio de la diligencia, al cual se encuentran referidos los particulares deberes concretos de diligencia establecidos en nuestro Ordenamiento con relación a determinadas relaciones obligatorias.

- VEAMOS ALGUNOS EJEMPLOS de disposiciones positivas en las cuales se encuentra expresamente previsto el deber de diligencia como criterio para calificar las modalidades del comportamiento del deudor: (ellos se encuentran concretamente en las obligaciones del arrendatario, del gestor, del comodatario y del depositario).

ART. 698 C.C.: *"La obligación de velar por la conservación de una cosa, derívase de una principal de dar o de una de hacer, compele al deudor a emplear en la conservación los cuidados de un buen padre de familia, salvo en los casos en que la ley especialmente atempera o agrava la responsabilidad"* (31).

ART. 1138 C.C.: *"El arrendatario es obligado a emplear en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia y responde no sólo de sus faltas sino de las que cometieren los miembros de su familia, sus huéspedes, criados, obreros y subarrendatarios o cesionarios de su contrato. Responde también de los perjuicios que se sigan al arrendador por usurpaciones de terceros de que no hubiere dado cuenta a aquél en tiempo oportuno"*.

ART. 1296 C.C.: *"El gestor es obligado a emplear todos los cuidados de un buen padre de familia. Sin embargo, las circunstancias que lo han determinado a hacerse cargo de la gestión pueden autorizar al juez para moderar la condenación en daños y perjuicios ocasionados por su falta o negligencia"*.

Se trata en este ejemplo de uno de los casos que según la disposición examinada del artículo 698 del Código Civil atemperan la responsabilidad del deudor. Nótese que la disminución de responsabilidad en razón de las particulares circunstancias del caso no se refiere solamente a las obligaciones de velar por la conservación de una cosa, sino que tienen un carácter más amplio, ya que perfectamente puede referirse a prestaciones concretas de hacer en las que el gestor debe emplear la diligencia de buen padre de familia.

ART. 1336 C.C.: *"El comodatario (aquel que recibe en préstamo gratuito una cosa no fungible para su uso) está obligado a cuidar de la cosa como buen padre de familia."*

ART. 1349 C.C.: *"Es obligado el depositario a prestar en la guarda y conservación de la cosa el cuidado y diligencia que acostumbra emplear en la guarda de sus propias cosas"*.

Esta regla se encuentra prevista en el Código Civil dentro del Capítulo relativo al depósito convencional (o sea aquel que resulta de un contrato), pero es aplicable también el depósito judicial, en virtud de la previsión del artículo 1360 C.C.

Constatada la existencia de un deber de diligencia en nuestro Ordenamiento surgen algunas cuestiones:

(31) V. SALA DE CASACION, No. 65 de 16:10 hrs. de 22 de junio de 1965, tomo II, I semestre, pág. 1399.

El principio referido puede enunciarse en los siguientes términos: *"en el cumplimiento de la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia"*.

El principio así enunciado proporciona un reconocimiento del fundamento subjetivo de la eventual responsabilidad del deudor por el incumplimiento, o sea, de la conexión existente entre el incumplimiento y la falta de observación del deber de diligencia (la culpa del deudor).

OTROS ORDENAMIENTOS:

Este planteamiento ha sido transformado en otros ordenamientos. El cambio se ha producido en el siguiente sentido: La fórmula mediante la cual se establece el deber de diligencia del deudor parece proponer en forma a-priorística una medida abstracta de valoración del comportamiento del deudor.

Se ha considerado preferible evitar toda definición preconcebida de la diligencia y dejar al juez la valoración en concreto de la diligencia usada por el deudor, en consideración a la naturaleza de la prestación y a las circunstancias en que esta haya sido (o debió haber sido) realizada. En este sentido encontramos el artículo 99 del Código suizo de las Obligaciones que remite para la concreta determinación de la responsabilidad del deudor a la *"nature particuliere de l'affaire"* (la naturaleza particular del negocio, o más genéricamente de la misma obligación); del mismo modo el Código Civil alemán hace referencia genéricamente a la diligencia requerida en los negocios (*"die im Verkehr erforderliche Sorgfalt"*); finalmente, el artículo 277 del reciente Código Civil húngaro se refiere *"al comportamiento que comúnmente se podría esperar en cada determinada situación"* en la cual se encuentra un deudor (nuestra jurisprudencia, en la calificación de la negligencia, ha utilizado un criterio semejante. Ha hablado de *"las medidas necesarias que las circunstancias exigían"* (32).

Veremos más adelante hasta qué punto presenta utilidad la referencia al *"bonus pater familias"*.

NEGLIGENCIA Y DILIGENCIA EN LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y EXTRA-CONTRACTUALES:

El artículo 1045 del Código Civil hace responsable a quien causa un daño a otro, por dolo, falta, negligencia o imprudencia (33).

Entendiendo la negligencia como la falta de diligencia y siguiendo las premisas del artículo citado puede pensarse en la existencia de un deber genérico de diligencia cuyo incumplimiento, cuando ocasiona daño, genera responsabilidad.

Tal deber es referible tanto a las obligaciones contractuales como a las extracontractuales; sin embargo, las implicaciones, son diversas en cuanto en las primeras tienen carácter específico y en las segundas genérico.

OBLIGACIONES EXTRA-CONTRACTUALES:

Veamos lo que esto significa: la figura primaria de una obligación extracontractual en la que encuentra aplicación esta idea se encuentra constituida por dos elementos: un aspecto subjetivo que consiste en una omisión de diligencia (un no hacer algo que según el criterio de la normalidad —contenido como vimos expresamente en el Código Civil húngaro— se debió haber hecho) y un aspecto objetivo: un resultado que consiste en la producción de un daño. Ambos elementos se encuentran relacionados por un vínculo de causalidad directa (34). Así entendido el deber de diligencia consiste en realizar la actividad necesaria según el criterio del *"comportamiento que comúnmente se podría esperar en cada situación"* para evitar la producción de un daño. El carácter genérico de este deber impide su determinación contextualista particularizada.

(32) SALA DE CASACION, No. 73 de 10:15 hrs. de 16 de julio de 1959, tomo I, II semestre, pág. 116.

(33) V. SALA DE CASACION, No. 28 de 16:15 hrs. de 10. de abril de 1954, tomo I, I semestre, pág. 391.

(34) Sobre este vínculo de causalidad directa en materia contractual v. SALA DE CASACION, No. 29 de 16:00 hrs. de 25 de marzo de 1958, tomo II, I semestre, pág. 567.

OBLIGACIONES CONTRACTUALES:

Una particularización, sin embargo, es posible con relación a las obligaciones de orden contractual. En ellas la característica principal radica en el hecho de que los sujetos se encuentran ligados por un vínculo jurídico y uno de ellos debe realizar una determinada prestación (un determinado comportamiento). El deber de diligencia no tiene aquí un carácter genérico (como sí ocurre en las obligaciones extracontractuales) sino que en cada relación obligatoria se concretiza con respecto a la *"naturaleza misma de la obligación"*.

El deber de diligencia es el mismo deber de comportamiento según las condiciones mismas de la prestación. El análisis desde el punto de vista sustancial es el siguiente: toda obligación contractual expresa la existencia de un estado de insatisfacción de determinados intereses tutelados por el ordenamiento (el interés del acreedor). La satisfacción de estos intereses es impuesta (por medio de una valoración de necesidad, de deber, según lo hemos analizado) a otro sujeto (el deudor). El deber de comportamiento del deudor está referido evidentemente a la satisfacción del interés del acreedor. La diligencia no es algo distinto que una manifestación del mismo deber de comportamiento concreto; en otras palabras: el deudor debe realizar el comportamiento en la forma en que éste dé satisfacción al interés del acreedor. La falta de realización (total o parcial) de este comportamiento es lo que se denomina incumplimiento (total o parcial) y es, en nuestro Ordenamiento, la misma falta de este comportamiento capaz de satisfacer el interés del acreedor lo que genera la responsabilidad por daños y perjuicios del deudor. Expresa, en este sentido, el artículo 702 del Código Civil: *"El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito"*, (o sea que el hecho que sirve de motivo exculpatório sea actual o imprevisto, o aunque previsible no haya posibilidad de evitarlo (35).

Con relación a la exención de responsabilidad por hecho del acreedor a la que hace referencia en el citado artículo existe, en materia extracontractual, un paralelismo en tema de culpa pasiva, como ocurre, por ejemplo, en el caso en que la causa de un accidente radique en la negligencia del accidentado, caso en el cual nuestra jurisprudencia ha considerado que siendo la víctima la que determina su propio daño la otra parte queda exenta de responsabilidad (36).

El deber de realizar el comportamiento capaz de satisfacer el interés del acreedor ha sido considerado como un deber de diligencia (pero, insistimos, no es un deber diverso, sino que es expresión del mismo estado de vínculo en que se encuentra el deudor) y por ello nuestra jurisprudencia ha considerado la existencia de negligencia contractual cuando el deudor no realiza el comportamiento debido (37). A mi juicio la calificación de negligencia era irrelevante en este caso, en razón de lo expresado en el artículo 702 del Código Civil antes examinado. Bastaba la constatación del hecho de la falta de cumplimiento (sin que este hubiera sido provocado por hecho del acreedor, fuerza mayor o caso fortuito) para que surgiera *"por este mismo hecho"* la responsabilidad ante los daños y perjuicios, independientemente de la constatación de una actitud subjetiva de negligencia (38).

DILIGENCIA, CRITERIO DE VALORACION:

Considerada la diligencia como criterio de valoración del comportamiento del deudor sería muy

(35) Así: SALA DE CASACION, No. 89 de 15:45 hrs. de 23 de agosto de 1961, tomo I, II semestre, pág. 204.

(36) Así: SALA DE CASACION, No. 33 de 9:30 hrs. de 9 de abril de 1953, tomo I, I semestre, pág. 657.

(37) Así, en sentencia No. 121 de 16:10 hrs. del 18 de setiembre de 1959, tomo II, II semestre, pág. 937, caso en el cual se había contratado el transporte en lancha de unas vagonetas y no obstante la existencia de embarcaciones en las que pudo haberse realizado el traslado, ese transporte no se practicó; se admitió por ello un incumplimiento por negligencia en la sentencia referida.

(38) Así, lo había ya dicho anteriormente la misma Sala: "Establecido que el demandado incumplió una obligación contractual, la de reparar los daños y perjuicios deriva de lo estatuido en el art. 702 del Código Civil". Cas. No. 96 de 16:00 hrs. de 13 de noviembre de 1956, tomo II, II semestre, pág. 1903.

difícil poder obtener de ella la construcción de particulares deberes (por ejemplo, los llamados deberes instrumentales integrativos) que pueden tener un autónomo fundamento sustancial.

En realidad con tal exigencia de diligencia del deudor no se hace otra cosa que expresar con palabras distintas la misma exigencia que sirve de fundamento a la relación obligatoria, ya expresada en el citado artículo 702 del Código Civil, esto es, la necesidad del exacto cumplimiento de la obligación, la cual se resuelve claramente en la necesidad (deber) de que el deudor realice todo cuanto es indispensable para que el cumplimiento tenga lugar correctamente.

La verdad es que las reglas positivas relativas al deber de diligencia (la diligencia de un buen padre de familia, la diligencia que se acostumbra usar en los propios asuntos, etc.) proporcionan un criterio de valoración, que no sirve para enriquecer en abstracto el contenido de la relación obligatoria, pero que sí sirve para guiar la valoración de legitimidad del comportamiento concreto asumido por el deudor, tomando en cuenta las particulares características del caso.

LA IDENTIFICACION DEL CREDITO (Imputación de pagos)

La ejecución de la prestación debida no debe necesariamente estar acompañada de una específica mención del crédito que el deudor trata de satisfacer; mientras no haya posibilidad de duda sobre el crédito al cual la prestación se refiere, tal mención debe, en efecto, considerarse superflua.

Las cosas, sin embargo, cambian cuando exista tal posibilidad de duda, por ejemplo cuando entre deudor y acreedor hay una pluralidad de relaciones diversas correspondientes a prestaciones de la misma especie. El caso más común es el de varias deudas pecuniarias. También el problema puede plantearse cuando la obligación es sustancialmente única, pero la ejecución de la misma está dividida en varios cumplimientos parciales.

El mecanismo, que, en los casos referidos lleva a la identificación del crédito al cual se refiere la prestación efectuada se denomina legalmente "*imputación de pagos*" y está disciplinado en los artículos 779 a 783 C.C.

Cuando falta una manifestación del destino de los pagos dichos, la imputación se presenta como resultado de aplicación de una regla legal. Esta regla, prevista en el art. 783 del C.C. tiene función meramente supletoria: interviene en cuanto las partes no hayan declarado nada al respecto.

Nuestro Derecho reconoce en primer lugar al deudor el derecho de imputación de pagos (779 C.C.): el derecho de declarar cuál deuda pretende satisfacer. Se trata de un derecho potestativo y al acreedor no le queda más que soportar las consecuencias del respectivo ejercicio, salvo, sin embargo los límites indicados en el artículo 780 al cual se hará referencia más adelante; tales límites pueden por ahora ser sintetizados afirmando genéricamente que el deudor no puede, sin el consentimiento del acreedor, liberarse antes de la deuda principal y luego de los respectivos aspectos accesorios. El deudor no podría, en consecuencia, declarar la imputación del pago al capital dejando subsistentes los aspectos accesorios. Una declaración de este tipo en sí misma no tendría ningún valor (39) y la imputación ocurriría "*ex-lege*", en primer lugar a lo accesorio y luego a la deuda principal ("*inciso I art. 783*").

Esta prioridad del derecho del deudor de proceder a la imputación se comprende como una expresión residual del "*favor debitoris*" que inspiraba la tradición romanista.

Como ya se ha dicho (y se encuentra previsto en el art. 779 C.C.) la imputación supone la existencia de varias deudas de la misma especie "*varias obligaciones vencidas que tengan por objeto prestaciones de la misma especie*" dice el citado artículo). Ello significa que debe tratarse de obligaciones en las cuales la prestación tiene el mismo objeto, de modo que abstractamente el pago puede referirse indiferentemente a una o a otra. Debe pues existir una fungibilidad en las diversas prestaciones.

(39) Ya los mismos textos romanos establecían que "Si el deudor sólo deposita una parte, no se suspende la prestación de intereses por todo a la deuda el débito". ("*Nom retardatur totius debiti usurarum praestatio, si debitor solam partem deposuit*") MODESTINO: Lib. XXII, tit. I, ley 41, I), regla que además salvaguardaba la de que "el acreedor no está obligado a recibir por partes el pago de una obligación" (prevista en nuestro C.C. en el art. 772).

Por otra parte, no basta la existencia simultánea de varias deudas; es necesario que todas sean (no solo líquidas sino también) exigibles. En el art. 779 C.C. se habla de "*obligaciones vencidas*". Esta condición representa un límite natural a la posibilidad de imputación por parte del acreedor ya que este no puede pretender la obtención del pago antes del vencimiento, a menos que se haya verificado la decadencia del beneficio del término (en la hipótesis del art. 777 C.C.).

Cuando los diversos créditos sean todos exigibles la imputación no sufre límites. Puede referirse a cualquiera de ellos y la referencia al más reciente no implica de por sí presunción de pago del más antiguo.

La solución legal se dirige en el sentido de la imputación que sirve concretamente para liberar lo más posible al deudor, esto es, para que él obtenga del pago hecho la máxima ventaja práctica (comprometiendo al mínimo el interés del acreedor) según el art. 783 C.C.

"Cuando la carta de pago no indique la deuda en extinción de la cual se ha efectuado el pago se imputará este según las reglas siguientes:

- 1) *El pago debe imputarse en primer término a los intereses devengados, y luego a la deuda vencida, de preferencia a la que no lo está.*
- 2) *Cuando las deudas se hallen todas vencidas, o todas no vencidas la imputación se hará a la deuda que el deudor tenga más interés en satisfacer.*
- 3) *Si todas las deudas están vencidas y el deudor no tiene interés en satisfacer una con preferencia sobre la otra, la imputación se hará a la más antigua, según la fecha en que se contrajo (o sea, comprometiendo al mínimo el interés del acreedor).* *
- 4) *Si todas se hallan en igualdad de circunstancias, la imputación se hará a todas proporcionalmente".*

A una particular hipótesis de pago parcial se hace referencia como ya se ha observado, en el art. 780 C.C. que, como se ha dicho, fija el límite de la facultad de imputación que tiene el deudor. Tal disposición parece plantear a primera vista una hipótesis de concurso entre varias deudas distinguiéndose entre la deuda del capital y la deuda relativa a accesorios, esto es a intereses y a gastos. Una vez que el acreedor ha aceptado un pago parcial en el sentido referido, el art. 780 regula la imputación de las sumas pagadas, excluyendo que el deudor pueda pretender en primer lugar la cancelación del capital, pues en tal modo eliminaría la posibilidad de una ulterior fructificación (intereses: frutos civiles) en ventajas del acreedor. En consecuencia la imputación debe ser hecha "*ex-lege*" antes a los intereses y a los gastos y luego al capital. La imputación que se haga sólo al capital no tiene valor.

Queda sólo por agregar que en materia de imputación de pagos las reglas generales relativas a la prueba no sufren modificaciones. Es por esto claro que en ausencia de declaración del deudor (o de válida declaración del acreedor) es necesario ante todo, proceder a la constatación del monto de las deudas particularmente consideradas, de los respectivos vencimientos y cualidades. Del mismo modo el acreedor que afirma que el pago recibido se refiere a una deuda diversa tiene la carga de probar la existencia de ese otro crédito suyo, así como la existencia de las condiciones necesarias para la diversa imputación que exige. También, si el deudor afirma la imputación del pago recibido a una deuda y no a otra, corresponde a él la carga de la prueba de las condiciones de tal imputación.
