

N°s 225-226
Año LXXVII
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2009
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

*SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA
'COOPERACIÓN' DEL ACREEDOR EL CUMPLIMIENTO
DE LA OBLIGACIÓN: LA POSICIÓN DINÁMICA DEL
ACREEDOR EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA, COMO
SUJETO NO SÓLO DE DERECHOS SINO TAMBIÉN DE
CARGAS Y DEBERES**

LILIAN SAN MARTÍN NEIRA
Abogada¹

1. PREMISA

En una concepción estrictamente técnica la obligación se presenta como una contraposición entre dos situaciones jurídicas en relación a una conducta o prestación debida: una de poder o activa –la acreedora– y otra de deber o pasiva –la deudora–. En la contraposición o correlación de estas dos posiciones se halla la esencia de la relación jurídica obligatoria, sin que pueda hablarse de una sin tratar a la vez de la otra. Deuda y poder se presentan, la más de las veces, contrapuestos sin posibilidad alguna de alteridad: “como una relación de guerra entre hombre y hombre, como una perpetua amenaza del acreedor contra el deudor, cuyo momento más significativo está en la sanción conminada contra el incumplido”². Sin embargo, la obligación no se debe valorar tan sólo bajo esta esencial contraposición de poder y deber, sino que también es necesario concebir las diferentes posiciones jurídicas

*En sustancia este trabajo corresponde al 3er. capítulo de mi tesis de máster intitulada “*El legitimado para recibir el pago y el deber de cooperación entre las partes de la obligación*”. Roma: Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, 2006, al cual han sido agregadas las profundizaciones realizadas durante las investigaciones para mi tesis doctoral en la misma universidad.

Agradezco al profesor Giovanni Finazzi por sus valiosas observaciones, las cuales me permitieron aclarar mi punto de vista.

¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción; Máster y Doctora en Derecho, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

² Cfr. Arangio-Ruiz, Vincenzo; *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, reimpresión de la 1ª ed., Napoli: Jovene, 1987, p. 2 ss.

bajo otras perspectivas. Se debe tener en cuenta también el lado activo de la relación, el crédito, y no sólo en función de la legitimación para reclamar el cumplimiento de la obligación, sino, especialmente, para ponderar qué hay en la deuda además del mero deber o sujeción³.

En efecto, dada la complejidad del mundo moderno, la relación obligatoria se presenta como un 'proceso'⁴ en que las partes tienen un sinnúmero de posibilidades de lesionar o bien de beneficiar a su contraparte. Lo dicho aparece perfectamente claro cuando se trata del deudor, pero no siempre hay plena conciencia de que la misma suerte corresponde al acreedor, quien también puede llegar a lesionar a su deudor. Este aspecto se hace patente cuando se trata de la cooperación que, algunas veces, el acreedor debe prestar a fin que el deudor pueda cumplir con su obligación. En este sentido la doctrina se pregunta ¿cuál es la calificación jurídica que debemos dar a esta necesaria cooperación?, ya que, dependiendo de ella, deberemos juzgar las consecuencias que la falta de cooperación provoca en la relación obligatoria. En particular, de dicha calificación dependerá si el deudor tiene o no derecho a exigir que el acreedor preste su colaboración, con el consiguiente resarcimiento de perjuicios para el caso en que la respuesta sea afirmativa.

Se trata de una cuestión que no es pacífica en doctrina, pues hay diversas posiciones al respecto. En este trabajo intentaremos, a partir del Derecho romano, dar una respuesta a la pregunta ¿cuál es la naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor al cumplimiento? En efecto, modernas orientaciones sostienen con convicción que la 'relectura' de las fuentes y el 'redescubrimiento' de los principios que estaban en la base de las decisiones de los juristas romanos pueden ser provechosos incluso para la solución de agudas cuestiones del Derecho actual⁵. En tal sentido se dice que "aquel

³Véase Falzea, Angelo, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano: Giuffrè, 1947, p. 31 ss.; Baronca, Démètre J., *Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur en matière contractuelle)*, Paris: E. Duchemin, 1930, p. 9 ss.; Demogue, René, *Traité des obligations en général*. II. *Effets des obligations*, tomo VI, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 17 ss.

⁴Respecto del uso de la expresión 'proceso' para definir la relación obligatoria, véase: Larenz, Karl, *Derecho de obligaciones*, tomo I, trad. castellana de Jaime Santos Briz, Madrid: *Revista de derecho privado*, 1958, p. 37; Silva, Clovis Veríssimo do Couto e, *A obrigação como processo*, São Paulo: Bushatsky, 1976. Véase también: Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 541.

⁵Cfr. Tafaro, Sebastiano, "Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti", en: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, atti del convegno internazionale in onore di Alberto Burdese*, vol. III, Padova: CEDAM, 2003, p. 566. Véase también: Knütel, Rolf, "Derecho romano y ius comune frente a las cortes de la Unión Europea", en: *Roma e America*, 1, 1996, 41

que haya comprendido el funcionamiento de una institución en el Derecho romano, lo comprende también sin esfuerzo adicional en los estados latinos que la hayan adoptado. Además, en las normas de los ordenamientos jurídicos vigentes continúan existiendo las reglas romanas, al menos como modelos alternativos, incluso allí donde el legislador moderno acudió a otra solución⁶.

En lo que concierne a nuestro argumento, la doctrina, tanto romanista como civilista, está conteste en que a partir del Derecho romano la posición del deudor está profundamente delineada por la buena fe, pues en virtud de la cláusula *ex fide bona*, operante en cierto tipo de contratos, pasó de estar estrictamente obligado según lo literal de los compromisos asumidos a adeudar incluso otras cosas que no habían sido contempladas, pero que podían exigirse conforme a la buena fe⁷. Sin embargo, la misma generalizada

ss.; Schipani, Sandro, "Unificazione del diritto e diritto dell'integrazione alla luce dello *Ius Romanum Commune*", en: *Roma e America*, 4, 1997, 247 ss.

⁶ Cfr. Wacke, Andrea, *Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en derecho romano y comparado*, en: Seminarios Complutenses de Derecho Romano, 1992, p. 204.

⁷ La doctrina sobre la buena fe es extremadamente amplia, en un breve elenco de los trabajos más significativos que hemos consultado pueden citarse: AA.VV. *Studi sulla buona fede*, Milano: Giuffrè, 1975; AA.VV. *Good Faith in European Contract Law*, dirigido por Reinhard Zimmermann y Simon Whittaker, Cambridge: Cambridge University Press, 2000; AA.VV. "Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea": Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001), 4 vols., al cuidado de Luigi Garofalo, Padova: CEDAM, 2003; AA.VV. *Tratado de la buena fe en el derecho*, dirigido por Marcos M. Córdoba, 2 vols., Buenos Aires: La Ley, 2004; Bonfante, Pietro, *Essenza della 'bona fides' e suo rapporto colla teoria del errore*, en: BIDR, 1893, vol. VI. Consultado en: *Scritti giuridici vari*, II, Torino: UTET, 1926; Lombardi, Luigi, *Della 'fides' alla 'bona fides'*, Milano: Giuffrè, 1961; Carcaterra, Antonio, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli: Jovene, 1964; Corradini, Domenico, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano: Giuffrè, 1968; Senn, Pierre Daniel, voz *Buona fede nel diritto romano*, en: *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. II; Massetto, Gian Paolo, voz *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, en: *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. II; Bilguzzi Geri, Lina, voz *Buona fede nel diritto civile*, en: *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. II; Nanni, Luca, *La buona fede contrattuale*, Padova: CEDAM, 1988; Cardilli, Riccardo, 'Bonae fides', *tra storia e sistema*, Torino: Giappichelli, 2004; Uda, Giovanni Maria, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino: Giappichelli, 2004; Barcellona, Mario, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino: Giappichelli, 2006; Fiori, Roberto, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, en: *Modelli Teorici e Metodologici nella storia del diritto privato*, al cuidado de Roberto Fiori, Napoli: Jovene, 2008, p. 237 ss; Camacho Evangelista, Ferrnfn, *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*, Granada: Imprenta Francisco Román, 1962; De los Mozos, José Luis, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, Barcelona: Bosch, 1965; Castresana, Amelia, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid: Tecnos, 1991; Gil y Gil, José Luis, *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Sevilla: CARL, 2003; Wicacker, Franz, *El principio general de la buena fe*, 2ª ed., trad. de José Luis Carro, Madrid: Civitas, 1986; Martins-Costa, Judith, *A boa fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*; São Paulo: Editora Revisto dos Tribunais, 1999; Jaluzot, Béatrice, *La bonne foi dans les*

convicción no existe a la hora de determinar el rol que correspondía al acreedor en la relación obligatoria; por nuestra parte estimamos que el proceso descrito no se produjo sólo para el deudor, sino también para el acreedor, con lo cual también la posición de éste último pasó a ser delineada conforme a la buena fe, en consecuencia, en aquellos casos en que la cooperación del acreedor se hacía indispensable para el cumplimiento de la obligación, ésta debía ser valorada conforme a ella. Esto es lo que nos proponemos demostrar en las páginas siguientes.

Hablar de la cooperación del acreedor al cumplimiento, o bien de cooperación entre las partes de la obligación puede resultar un tanto equívoco, si no se tienen bien separadas las diversas nociones de cooperación (o colaboración) a las cuales, de vez en vez, se hace referencia. En efecto, la cooperación entre las partes de la obligación puede ser dividida en tres aspectos: 'cooperación en sentido genérico', 'deber de cooperación' y 'cooperación en sentido técnico'. Con la finalidad de aclarar todos estos conceptos, pertenecientes todos a la doctrina moderna, por tanto, sin correspondencia semántica en las fuentes romanas, a continuación hacemos una breve reseña de cada uno de ellos.

2. COOPERACIÓN EN SENTIDO GENÉRICO

La cooperación en sentido genérico hace eco de la consideración que todos los individuos, a fin de satisfacer nuestros intereses dignos de protección jurídica, tenemos necesidad de la 'cooperación' de otro sujeto que es llamado a prestárnosla⁸. Como consecuencia, se dice que "el derecho de las obligaciones es el reglamento de la colaboración entre sujetos y la obligación es 'deber de cooperación'. Su razón de ser estriba en la imposibilidad de concebir, cada día menos, una economía natural, dada la especialización y el refinamiento en la oferta de bienes y servicios, que paulatinamente se ha ido extremando, y teniendo en cuenta la posibilidad de que cada cual se desenvuelva más amplia e intensamente en el propio campo, con una mayor riqueza de posibilidades

contrats. Étude comparative des droits français, allemand et japonais, Paris: Dalloz, 2001.

⁸ Así nos dice Betti: "Noi vedremo come l'idea della cooperazione sia il filo conduttore che serve a orientare il giurista attraverso le massime questioni del diritto delle obbligazioni". Cfr. Betti, Emilio, *Teoria generale delle obbligazioni*, tomo I, Milano: Giuffrè, 1953, p. 10.

de realización personal y de mejor calidad de vida"⁹.

Así las cosas, es posible definir la cooperación en sentido genérico como "todos los actos que el sujeto (acreedor o deudor) es llamado a ejecutar a fin de lograr la realización del programa obligatorio; incluidos los actos de ejercicio de la prestación"¹⁰.

3. COOPERACIÓN COMO 'DEBER DE COOPERACIÓN ENTRE LAS PARTES'

En la ciencia jurídica desde hace tiempo se viene consolidando la idea que la relación contractual no sólo consiste en exigencias contrapuestas, sino que origina ciertos deberes de cooperación, conforme al principio de la buena fe¹¹. De esta manera, cuando hablamos de 'deber de cooperación' nos referimos a un conjunto de deberes secundarios de conducta que la buena fe impone a deudor y acreedor¹², a fin que la ejecución de la prestación resulte lo más ventajosa posible para ambos¹³. En este sentido se dice que la buena fe se comporta como un 'deber de cooperación' para la realización del interés de la contraparte y en tal acepción se pone como elemento integrador o bien corrector del contenido y los efectos del contrato; la violación de la buena fe, por tanto, representa un comportamiento ilegítimo apto para producir consecuencias jurídicas y, en primer lugar, el deber de resarcir el daño, si bien no excluye, si es el caso, otros remedios como la resolución del contrato, la

⁹ Cfr. Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 114; Ver también Peñailillo Arévalo, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones, la resolución por incumplimiento*, Santiago: Jurídica de Chile, 2003, p. 114; Betti, Emilio, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 10.

¹⁰ Cfr. Romano, Geremia, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli: E.S.I., 1995, p. 77; Ver también: Lamarca Marqués, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2001, p. 53 ss.

¹¹ Jaluzot, Béatrice, *La bonne foi dans les contrats...*, cit., p. 513 ss.

¹² "Gli obblighi di buona fede possono ricadere, indifferentemente, sull'una o sull'altra delle parti contraenti, a prescindere dal fatto che relativamente al singolo rapporto obbligatorio principale essa rivesta la qualità di debitore o di creditore". Cfr. Uda, Giovanni Maria, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 314. Para la afirmación que el deber de cooperación afecta tanto al deudor como el acreedor, véase Picod, Yves, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989, p. 104; Gil y Gil, José Luis, *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, cit., p. 224.

¹³ En este mismo sentido Silva, Clovis Veríssimo do Couto e, *A obrigação como processo*, cit., p. 35 ss., p. 117. Este autor destaca que todos los deberes anexos pueden ser considerados deberes de cooperación. Entre estos deberes la doctrina destaca el 'deber de aviso' y el 'deber de salvaguardar la utilidad de la contraparte'. Véase Nanni, Luca, *La buona fede contrattuale*, cit., p. 269 ss.

condena al cumplimiento, la reintegración en forma específica¹⁴.

Cabe señalar que este 'deber de cooperación' no tiene contornos definidos, ni corresponde a un concepto eminentemente técnico¹⁵, en virtud de él se impone a las partes de la relación obligatoria la necesidad de colaborar entre sí a fin de superar las dificultades que puedan surgir durante la vida del contrato¹⁶, lo cual implica que tanto deudor como acreedor deben llevar a cabo comportamientos positivos tendientes a dicho fin, siempre que ello no conlleve un apreciable sacrificio de sus propios intereses¹⁷.

En este sentido se pronuncian algunos cuerpos normativos modernos como, por ejemplo, los Principios de UNIDROIT, art. 5.3:

"Una parte debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de la obligación de esta última"¹⁸.

Desde el punto de vista del deudor, esta imposición de cooperación se refiere al principio de la correcta y leal ejecución del contrato¹⁹, *ex fide bona*, que

¹⁴ Cfr. Palma, Antonio, "Violazione del criterio della buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistici", en: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. III, Padova: CEDAM, 2003, p. 42 ss.; Nanni, Luca, *La buona fede contrattuale*, cit., p. 269; Gil y Gil, José Luis, *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, cit., p. 222.

¹⁵ En efecto, el deber de cooperación es un deber "sin consistencia real", él simplemente permite al juez determinar a posteriori si ha habido o no violación del contrato. Cfr. Jaluzot, Béatrice, *La bonne foi dans les contrats...*, cit., p. 516.

¹⁶ Esta noción ha sido reconocida por la justicia italiana que sancionó, por contrariar las normas sobre buena fe y corrección (art. 1375 y 1175 Cc.), la omisión de un promitente vendedor que se negó a prestar su colaboración a fin que el promitente comprador pudiera gestionar el crédito necesario para la compra, cuando, si bien no había sido expresamente establecido, de las concretas circunstancias se desprendería que habría debido colaborar. Cfr. Cass. Civ., sez. III, 9 marzo 1991, Nº 2503, en: *Il corriere giuridico*, 7, 1991, p. 789 ss., con Commentario de Adolfo Di Majo, para algunos casos acogidos por las justicias alemana, francesa y japonesa, aceptando el 'deber de cooperación', véase: Jaluzot, Béatrice, *La bonne foi dans les contrats...*, cit., p. 513-514.

¹⁷ En estos términos se expresa la doctrina civilista que reconoce la existencia de este deber de cooperación. Ver: Bianca, C. Massimo, "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", en: *Riv. dir. civ.*, parte I, 1983 p. 205 ss.; Di Majo, Adolfo, "Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale", comentario a Cass. Civ., sez. III, 9 marzo 1991, Nº 2503, en: *Il corriere giuridico*, 7, 1991, p. 789 ss.; Id. "La buona fede nel contratto", en: *Il corriere giuridico*, 3, 2002, p. 332 ss.

¹⁸ Así también los Principios de Derecho Europeo de los Contratos 1: 202: "Las partes tienen el deber de cooperar entre sí para asegurar el pleno cumplimiento del contrato, lo cual incluye el deber de permitir que la otra parte cumpla sus obligaciones y así obtener los frutos de la prestación pactada en el contrato".

¹⁹ Cfr. Picod, Yves, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, cit., p. 104; Gil y Gil, José Luis, *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, cit., p. 224.

nos viene dado desde el Derecho romano. En consecuencia, se puede caracterizar como un criterio de conducta que se basa en la fidelidad al vínculo contractual y en el empeño en cumplir la legítima expectativa de la otra parte: empeño en desplegar toda la propia fuerza al servicio del interés de la contraparte en la medida requerida por la relación obligatoria de que se trata; empeño en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora de la prestación²⁰.

Sin embargo, el deber en cuestión no alcanza sólo al deudor, sino también al acreedor pues, sea como titular de la posición jurídica activa en la obligación o como cualquier otro sujeto de derecho, queda vinculado y obligado por lo que imponga la buena fe²¹. Así lo afirma la doctrina alemana, a pesar de que el § 242 BGB sólo se refiere al hecho que el deudor debe cumplir la prestación en los términos que sean exigibles según la buena fe²². Esta concepción se positivó en el Código Civil italiano de 1942, art. 1175²³, que expresamente impone al deudor y al acreedor el deber de comportarse '*secondo le regole della correttezza*', reiterándolo en sede contractual (art. 1375), con la obligación de ejecutar el contrato en buena fe. Por último, la misma idea fue consagrada en el Código Civil brasileño de 2002, artículo 422:

"Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"

Cabe señalar que la necesaria intervención del acreedor en el desarrollo de la relación obligatoria está principalmente relacionada con la 'cooperación al

²⁰ En este sentido Betti, Emilio, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 103.

²¹ Cfr. Lamarca Marqués; *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit., p. 31; Picod, Yves, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, cit., p. 104; Gil y Gil, José Luis, *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, cit., p. 224; Uda, Giovanni Maria, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 314.

²² En la doctrina alemana se afirma de manera unánime que el § 242 BGB no se limita a imponer deberes de conducta al deudor, sino también es extendible al acreedor; es más a pesar de ser una disposición en sede de derecho de las obligaciones, se generaliza su eficacia como principio informador del conjunto del ordenamiento jurídico. Véase Larenz, Karl, *Derecho de obligaciones*, cit. p. 142 ss.

²³ Sobre este artículo nos dice Betti: "Llamamos la atención sobre el punto siguiente: aquí no se dice que sólo el deudor en el cumplimiento de la obligación debe comportarse según la buena fe, se dice que tanto una como la otra parte, tanto el deudor como el acreedor, en las relaciones recíprocas deben tener una actitud correspondiente a ese significado de respeto en la esfera de intereses ajenos y se concreta, sobre todo (aun cuando no exclusivamente), en deberes negativos, principalmente en el deber de abstenerse de una injerencia incorrecta, perjudicial para la otra parte [...]". Cfr. Betti, Emilio, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 81.

cumplimiento', pero no es el único caso, ya que ella es más amplia, en efecto, se refiere no sólo al cumplimiento mismo, sino a toda la relación obligatoria²⁴. Así, en virtud del 'deber de cooperación' se imponen al acreedor deberes de información; deberes de gestión de los bienes del deudor, cuando éstos queden en su poder; deber de conceder prórrogas a fin de facilitar el cumplimiento, etc. Particularmente detallada en este sentido es la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías, que establece una serie de deberes que las partes deben ejecutar a fin de posibilitar la ejecución del contrato²⁵.

3.1. Deber de cooperación en el Derecho Romano

Queremos destacar que, a pesar que parece una cosa novedosa, una nueva "invención jurídica", el 'deber de cooperación' no es para nada nuevo, él era ya conocido por los juristas romanos, quienes lo sancionan en diversos pasajes del *Corpus iuris*. En efecto, podemos citar un pasaje de Labeón que impone un preciso 'deber de colaboración' entre las partes, D.19.2.60.5:

Labeo 5 post. a iav. epit. "Messem inspiciente colono, cum alienam esse non ignorares, sustulisti. condicere tibi frumentum dominum posse Labeo ait, et ut id faciat, colonum ex conducto cum domino acturum". [A vista del colono te llevaste la mies, no ignorando tú que era ajena; dice Labeon, que el dueño puede ejercitar contra ti la condición por el trigo; y para que haga esto, ejercitará el colono contra el dueño la acción de conducción].

En este pasaje Labeón "presenta el caso de un colono que se deja llevar (*tollit*) la cosecha por recolectar (*messis in spicis*). Su *scientia* del hecho excluye el *furtum*. Sólo es posible la *condictio* a favor del propietario arrendador; que se ve forzado a ejercitarla, aunque no tenga interés en esa cosecha perdida para el colono, porque éste se lo puede exigir *ex conducto*"²⁶, a fin que luego le traslade

²⁴ Véase Di Majo, Adolfo, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, cit., p. 789 ss.; Palma, Antonio, *Violazione del criterio della buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistici*, cit., p. 42 ss.

²⁵ Véase el texto comentado la Convención en: Paillas Peña, Enrique, *La compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena. Notas sobre arbitraje comercial internacional y Ley 19.971*, Santiago: Jurídica de Chile, 2006.

²⁶ Cfr. D'Ors, Alvaro, "Messis in spicis", en: *SDHI*, 58, 1992, p. 284.

la indemnización obtenida del recolector²⁷. En suma, se trata de un caso en que la *bona fides* contractual obliga a uno de los contratantes a realizar un acto (ejercitar la *condictio*) que va en exclusivo beneficio del co-contratante, ya que él no tiene interés alguno en la realización de dicho acto.

La doctrina moderna sostiene que en virtud de la cooperación, las partes del contrato tienen también ciertos 'deberes de aviso', que en ciertos casos pueden conllevar incluso la obligación de resarcir el daño causado por su omisión, pues bien, también éstos eran conocidos por la jurisprudencia romana. En este sentido podemos citar dos pasajes que imponen al deudor la obligación de advertir al acreedor del acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor que impide el cumplimiento de la obligación; la primera es un pasaje de Gayo ubicado en materia de mandato²⁸ en D.17.1.27.2:

Gaius 9 ad ed. provinc. "Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet, alioquin quanti mandatoris intersit damnabitur: si vero intellegit explere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori nuntiare, ut is si velit alterius opera utatur: quod si, cum possit nuntiare, cessaverit, quanti mandatoris intersit tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nuntiare, securus erit". [Si el que aceptó un mandato, si puede cumplirlo, no debe abandonar el servicio prometido y, de lo contrario, será condenado en cuanto importe al mandante; pero si entiende que no puede cumplir él aquel encargo, debe manifestarle esto mismo al mandante, cuanto antes pudiere, para que si quisiera, utilice los servicios de otro; pero si pudiendo hacérselo saber, hubiera dejado de hacerlo, quedará obligado por cuanto importe al mandante; mas si por alguna causa no pudiere hacérselo saber, estará exento de obligación].

La segunda pertenece a Ulpiano, citando a Labeón, y se encuentra en

²⁷ Cfr. D'Ors, Alvaro, "Messis in spicis", en: *SDHI*, 58, 1992, p. 284.

²⁸ Pongamos de manifiesto que es precisamente con relación al contrato de mandato que Gayo nos proporciona la definición de buena fe objetiva: Gai. 3.151; "(...) itaque siue ut mea negotia geras siue ut alterius, mandauerim, contrahitur mandati obligatio, et inuicem alter alteri tenebimur in id, quod uel me tibi uel te mihi bona fide praestare oportet". [(...) Si yo te encargara que llevaras mis negocios, o los de otra persona, se contrae obligación de mandato y quedamos ligados mutuamente en lo que cada uno debe hacer respecto del otro conforme a la lealtad recíproca]. (Traducción castellana de Samper, Francisco, *Instituciones jurídicas de Gayo. Texto y traducción*, Santiago: Jurídica de Chile, 2000, p. 281). Por otro lado, la doctrina entiende que dicha definición debe aplicarse a todos los contratos de buena fe. Cfr. Salomón Sancho, Lourdes, *El concepto de buena fe en las instituciones de Gayo. En concreto Gai. 2,51*, en: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. III, Padova: CEDAM, 2003, p. 289.

materia de arrendamiento en D.19.2.13.7²⁹: *Ulpianus 32 ad ed. "Exercitu veniente migravit conductor, dein de hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt. si domino non denunciavit et migravit, ex locato tenebitur: Labeo autem, si resistere potuit et non resistit, teneri ait, quae sententia vera est. sed et si denunciare non potuit, non puto eum teneri"*. [Aproximándose un ejército, emigró un arrendatario, y después los soldados quitaron las ventanas y otras cosas del alojamiento; si no lo hizo saber al dueño, y se fue, quedará obligado por la acción de locación; pero dice Labeón, que si pudo impedirlo, y no lo impidió, se obliga; cuya opinión es verdadera; mas también si no pudo hacerlo saber, no creo que se obligue].

Es interesante notar que estos dos pasajes se refieren a un problema que para gran parte de la doctrina resulta del todo novedoso. Ellos imponen al deudor la obligación de advertir al acreedor el acontecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor, de manera que si no da aviso responde por los perjuicios que de la falta de conocimiento se deriven para el acreedor, es decir, en virtud del evento se extingue la obligación principal, pero no el deber accesorio de conducta consistente en la "oportuna información de lo sucedido al acreedor". Pues bien, no sólo se trata de una institución expresamente reconocida en el *Corpus iuris*, sino que ella fue expresamente registrada por los inspiradores del Código Civil francés; en efecto la podemos leer sea en Domat³⁰ que en Pothier³¹. No obstante esto, ella fue preterida en la codificación francesa y en los demás

²⁹ "Per Ulpiano, se la *migratio* debe considerarsi legittima, ciò non esclude l'obbligazione del conduttore di *denunciare* al *dominus* sia l'avvicinamento dell'esercito, sia il suo prossimo abbandono della *res locata*". (Cfr. Cardilli, Riccardo, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. a. C. - II sec. d. C.), Milano: Giuffrè, 1995, p. 350 ss.). En este mismo sentido Voci y Luzzatto, para quienes se trataría de una especificación del *custodiam prestare* del locatario, introducida por Ulpiano con base en la buena fe objetiva que rige la relación contractual. Cfr. Voci, Pasquale, '*Diligentia*', '*custodia*', '*culpa*', en: *SDHI*, 46, 1990, p. 80; Luzzatto, Giuseppe Ignazio, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I La responsabilità per custodia*, Milano: Giuffrè, 1938, p. 213.

³⁰ Este autor, mientras explicaba la situación del deudor que se ha visto imposibilitado de cumplir su obligación por caso fortuito, tiene cuidado de agregar como requisito copulativo para la exención de pago que "el propietario no hubiese podido advertir al mercader (acreedor) de estos cambios (el evento fortuito)". Cfr. Domat, Jean, *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, parte I, vol. II, lib. III, tit. V, p. 352.

³¹ Este autor recoge la enseñanza del *Corpus iuris* relativa al mandato y la extiende a todas las obligaciones de hacer señalando expresamente: "...Observad que en ese caso debo advertiros de la fuerza mayor que me había impedido hacer aquello que yo me había comprometido a hacer respecto a vos, a fin de que vos podáis tomar vuestras medidas para proveer por vos mismo o por otro. Sin eso yo no evitaría los daños y perjuicios, a menos de que esta fuerza mayor no me hubiere también privado de poder advertiroslo (L.27, § 2, D. Mand.)". Cfr. Pothier, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, traducción castellana de Guillermo Cabanellas de Torres, 2ª ed., Buenos Aires: Heliasta, 2007, p. 82.

códigos civiles³². Modernamente ha sido recogida por algunos ordenamientos de unificación del derecho privado que la establecen expresamente³³. Ahora bien, a nuestro entender, ella podría ser perfectamente aplicada incluso allí donde hay disposición expresa, ya que, en últimas instancias, ella deriva directamente de la cláusula general de buena fe imperante, sea en Derecho romano como en Derecho moderno, en virtud de la cual, aun cuando desaparezca el deber primario de prestación, si quedan en pie otros intereses involucrados en el contrato, éstos deben ser actuados por las partes³⁴.

4. COOPERACIÓN EN SENTIDO TÉCNICO

La cooperación en sentido técnico se manifiesta cuando para la ejecución de la prestación es necesario el concurso del acreedor, es decir el deudor no puede efectuar el pago sin la concurrencia del acreedor³⁵. A su vez, esta concurrencia puede ser dividida en: concurso preliminar, concurso integrador y concurso sucesivo al cumplimiento³⁶:

³² Una disposición parecida contiene el C.Com. español, art. 306 inc. 2º, que, hablando del depósito, dispone: "En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia, y también de los que provengan de la naturaleza o vicio de las cosas, si en estos casos no hizo por su parte lo necesario para evitarlos o remediarlos, dando aviso de ellos además al depositante inmediatamente que se manifestaren". De esta disposición una parte de la doctrina española colige una regla de aplicación general, en virtud de la cual el deudor de la entrega de una cosa debe notificar al acreedor de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Véase Jordano Fraga, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid: Civitas, 1987, p. 139.

³³ Ver: artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT; artículo 79 Convención de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías; y Artículo 8:108: Principios de derecho contractual europeo.

³⁴ En este sentido, expresamente, Di Majo, Adolfo, "La buona fede oltre il contratto", en: *Il corriere giuridico*, 3, 2002, p. 334. En el mismo sentido nos dice Larenz que la relación obligatoria "subsiste como tal, aunque algunos de los deberes que contienen se hayan extinguido por el cumplimiento, o algunos de los derechos de formación hayan desaparecido por haberse ejercitado o hayan prescrito por no haber sido ejercitados en el tiempo previsto". Cfr. Larenz, Karl, *Derecho de obligaciones*, cit. p. 38.

³⁵ Cfr. Betti, Emilio; *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 81; Baronca, Démètre J., *Essai sur la faute et le fait du créancier...*, cit., p. 90 ss.; Demogue, René, *Traité des obligations en général...*, cit., p. 20 ss.; Rescigno, Pietro, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli: Jovene, 1950, p. 138; Giacobbe, Giovanni; voz *Mora del creditore* (dir. civ.), en: Enciclopedia del diritto, vol. XXVI, p. 947 ss.; Bellini, Luigi, "Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione", en: *Riv. dir. civ.*, 1921, p. 27 ss.; Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Madrid: Montecorvo, 1988, p. 72 ss.; Lamarca Marqués, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit., p. 48; Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, tomo II, 2ª ed., Santiago: Jurídica de Chile, 2001, p. 779.

³⁶ Cfr. Rescigno, Pietro, *Incapacità naturale e adempimento*, cit., p. 138; Ghezzi, Giorgio, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, 1965, p. 27 ss. Otra forma de división nos presenta

–*Concurso preliminar*: se trata de la actividad requerida a fin que el deudor pueda llevar a efecto los actos necesarios para el cumplimiento de la obligación. Se trata, por ejemplo, de efectuar las especificaciones necesarias de las cuales se ha reservado derecho, procurar la materia prima, impartir instrucciones, etc. En caso que el acreedor no ejecute este tipo de actos, el mecanismo de la obligación no se pone en movimiento o, si se ha iniciado, se paraliza³⁷.

–*Concurso integrador*: se trata de los actos del acreedor necesarios para la ejecución misma de la prestación como, por ejemplo, cuando, tratándose de obligaciones alternativas, le corresponde la elección de la prestación, cuando debe proceder a la verificación de la obra realizada por el deudor³⁸, cuando debe concurrir a la prueba de los vestidos encargado, cuando el pasajero que debe presentarse en el lugar de partida del medio de transporte, etc.

–*Concurso sucesivo al cumplimiento*: en este caso la cooperación del acreedor no es indispensable para el cumplimiento, en efecto, él puede refutarse a cooperar y no por ello el cumplimiento será más o menos perfecto³⁹. Aquí la cooperación consiste en otorgar al deudor un medio de prueba idóneo para repeler un ulterior cobro de la misma prestación, por esta razón algunos autores niegan que se trate verdaderamente de cooperación al cumplimiento⁴⁰.

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COOPERACIÓN EN SENTIDO TÉCNICO (COOPERACIÓN AL CUMPLIMIENTO)

Establecidas las distintas nociones de ‘cooperación’ en la relación obligatoria cabe analizar un problema que, desde hace años, ocupa a la doctrina civilista: ‘la naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor al cumplimiento’ que, en realidad, corresponde a la cooperación en sentido técnico.

En efecto, los autores han discutido largamente respecto de cuál es

Cabanilla Sánchez, para quien debemos distinguir entre ‘La facilitación de la liberación del deudor’ y ‘La cooperación del acreedor al cumplimiento’. Pero, a nuestro entender, se trata de una división en cuanto ficticia, porque al analizar el contenido y consecuencias de una y otra, el autor termina por repetir en la segunda lo que dijo para la primera. Véase Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y comercial*, cit., p. 207 ss.

³⁷ Cfr. Rescigno, Pietro, *Incapacità naturale e adempimento*, cit., p. 139.

³⁸ Cfr. Rescigno, Pietro, *Incapacità naturale e adempimento*, cit., p. 140.

³⁹ Cfr. Rescigno, Pietro, *Incapacità naturale e adempimento*, cit., p. 140.

⁴⁰ Cfr. Lamarca Marqués, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit., p. 53.

la naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor al cumplimiento⁴¹. Al respecto encontramos las más variadas posiciones que pueden resumirse en las siguientes: quienes consideran la cooperación al cumplimiento un deber instrumental emanado del principio de buena fe; quienes la consideran una verdadera obligación del acreedor; quienes la ven como una mera facultad del acreedor y, por último, quienes la consideran una carga que grava sobre el acreedor.

Expondremos en seguida todas las posiciones teóricas, advirtiendo desde ya que nos reservamos nuestra opinión hasta no haber visto cómo operaba la institución en el Derecho romano, que creemos es la clave para dilucidar la cuestión.

5.1. La cooperación al cumplimiento como obligación del acreedor

Un sector de la doctrina pone en un mismo plano las posiciones de deudor y acreedor, en este sentido, dicen, cuando la cooperación del acreedor es necesaria a fin que se pueda realizar el cumplimiento, el acreedor está 'obligado' a prestarla. De manera que ello puede ser exigido por el deudor, quien tendrá derecho a cumplir y a obtener el resarcimiento que la falta de ejecución oportuna de su prestación le haya ocasionado.

En la base de esta doctrina está el concepto de *mora creditoris* elaborado en el Derecho intermedio⁴². En efecto, partiendo del hecho que la doctrina del Derecho común había configurado la mora como concepto unitario, algunos autores no dudaron en establecer análogos supuestos para la mora *creditoris* y la mora *debitoris*, de manera que la *mora creditoris* derivaba de la violación de un deber de recibir y, en general, de cooperar por parte del acreedor, considerándose necesaria la culpa de éste. Así lo podemos ver en algunos autores de la pandectística alemana, en especial Dernburg y Windscheid⁴³. Particularmente este último considera que la mora produce consecuencias perjudiciales para el acreedor y, a menos que exista una disposición legal, los perjuicios no pueden imponerse a quien no es culpable, por tanto, no sería justo que el acreedor tenga que sufrir perjuicios cuando no

⁴¹ Para un resumen del estado de la cuestión hasta los años 30, véase: Baronca, Démètre J., *Essai sur la faute et le fait du créancier...*, cit., p. 127 ss.

⁴² Baronca, Démètre J., *Essai sur la faute et le fait du créancier...*, cit., p. 133 ss.

⁴³ Cfr. Windscheid, Bernardo, *Diritto delle pandette*, trad. italiana de Carlo Fadda y Paolo Bensa, vol. II, parte 1ª, Torino: UTE, 1904, p. 336, 337 n. 10.

ha incurrido en culpa, en consecuencia, la cooperación del acreedor es tratada a la par de la obligación de prestación que pesa sobre el deudor, y el acreedor se liberará de ella solamente si prueba ausencia de culpa⁴⁴.

A pesar de haber sido abandonada por la doctrina alemana⁴⁵, esta teoría fue retomada por la doctrina italiana de mediados del siglo XX, especialmente por Falzea, quien se transformó en su más grande defensor. Para este autor el concepto de cooperación es entendido como la forma de obtener los resultados esperados por las partes de la relación obligatoria, para lo cual deben ser considerados los intereses propios de todos los sujetos de la misma y esto impone a cada uno de ellos un deber que se traduce en una conducta adeudada recíprocamente, aun cuando de diferente naturaleza y con diversa intensidad⁴⁶. Por tanto, la cooperación del acreedor constituye una 'obligación' para el acreedor derivada, no de la buena fe, sino de la misma relación obligatoria⁴⁷, y para ello se funda en los artículos 1206 y 1207 del Código Civil italiano, que a la sazón dicen:

CC. It. art. 1206: "*Condizioni –Il creditore è in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti o non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione*". [El acreedor está en mora cuando, sin motivo legítimo, no recibe el pago que se le ofrece así como se indica en los artículos siguientes o no ejecuta cuanto es necesario a fin que el deudor pueda cumplir la obligación].

CC. It. art. 1207: "*Effetti. –Quando il creditore è in mora, è a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Non sono più dovuti gli interessi né i frutti della cosa che non siano*

⁴⁴ Cabe precisar que no toda la pandectística está concorde con esta opinión, así Glück se limitó a decir que para que se produzca la *mora creditoris*, basta que el deudor esté dispuesto a cumplir y el acreedor sin justo motivo no reciba la prestación ofrecida en la forma debida. Cfr. Glück, *Commentario alle pandette*, tomo II, p. 794.

⁴⁵ En la redacción del BGB se tuvo en cuenta la opinión de Kohler, para quien el acreedor no está obligado a la aceptación de la prestación, ni a la ejecución de la conducta de cooperación. Cfr. Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., p. 89.

⁴⁶ Falzea, Angelo, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 57.

⁴⁷ En este sentido se pronuncia también parte de la doctrina francesa, donde se justifica la colaboración en el contrato celebrado entre las partes, en virtud del cual el acreedor no puede dificultar el cumplimiento de la obligación por el deudor, sino que, como un buen padre de familia, está obligado a la colaboración. Sin embargo, la mayor parte de los autores y la jurisprudencia de este país no acepta esta teoría. Cfr. Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., p. 93 ss.

stati percepti dal debitore.

Il creditore è pure tenuto a risarcire i danni derivati dalla sua mora e a sostenere le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta.

Gli effetti della mora si verificano dal giorno dell'offerta, se questa è successivamente dichiarata valida con sentenza passata in giudicato o se è accettata dal creditore".

[Cuando el acreedor está en mora, se hace responsable de la imposibilidad de la prestación sobrevinida por causa no imputable al deudor. Se dejan de deber los intereses y los frutos de la cosa que no hayan sido percibidos por el deudor.

El acreedor queda también obligado a resarcir los daños derivados de su mora y a soportar los gastos para la custodia y conservación de la cosa debida.

Los efectos de la mora se verifican desde el día de la oferta, si ésta es sucesivamente declarada válida por sentencia con autoridad de cosa juzgada o si es aceptada por el acreedor].

En virtud de estas disposiciones, los seguidores de esta teoría razonan sobre la existencia de dos relaciones jurídicas concentradas, respectivamente en la prestación y la cooperación⁴⁸. Especificando, en todo caso, que se trata de relaciones complementarias, una fundamental y la otra accesoria⁴⁹. La primera tiene, por una parte, la prestación (obligación del deudor) y, por otra, el crédito (pretensión del acreedor); la segunda, de una parte tiene el derecho a la liberación mediante la ejecución de la prestación y, de la otra, la 'obligación' del acreedor prestar su cooperación para que este derecho se realice⁵⁰.

Tal construcción viene a establecer una relación crédito-débito invertida, con la diferencia que, en vez de la prestación, lo que el deudor obtiene es la liberación del vínculo. El deudor tiene un derecho de carácter secundario al cumplimiento y el acreedor, como titular de un derecho subjetivo de crédito, es libre para exigir o no el pago de la deuda, pero cuando el deudor esté pronto a cumplir, surge para aquél la 'necesidad jurídica' de concurrir al cumplimiento, a fin de no agravar la posición del sujeto pasivo,

⁴⁸ Falzea, Angelo, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 78.

⁴⁹ Falzea, Angelo, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 79.

⁵⁰ Falzea, Angelo, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 80 ss.

prolongando su situación de deudor⁵¹. En tal orden de cosas, el acreedor debe cooperar y, si no lo hace, incurre en 'incumplimiento', por esta razón se dice que la teoría del incumplimiento no puede ser construida sólo con relación al comportamiento del deudor, sino que debe también tenerse en cuenta el deber de cooperación del acreedor, su eventual incumplimiento y, consecuentemente, el resarcimiento del daño por ilícito civil que genera responsabilidad contractual⁵², como efectivamente impondría el inciso segundo del artículo 1207, que pone a cargo del acreedor moroso una obligación de resarcimiento en beneficio del deudor⁵³.

En virtud de dicha disposición los autores concluyen que la *mora creditoris* no es otra cosa que una *mora debendi*⁵⁴, pues el acreedor que incurre en mora tiene la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados al deudor, o sea, sufre las consecuencias típicas del incumplimiento de los deberes jurídicos en el derecho privado⁵⁵; por su parte, el depósito de la cosa debida constituye una particular especie de ejecución forzada de obligación de hacer, diversa en estructura, pero análoga en funciones⁵⁶.

Esta postura es también asumida por algunos autores y jurisprudencia argentinos quienes, ante la falta de disposiciones expresas en la materia, establecen que la mora del acreedor se rige por los mismos principios de la mora del deudor⁵⁷, en consecuencia, confieren al deudor el "derecho a exigir la cooperación del acreedor cuando ello se requiere para que sea practicable el cumplimiento de la prestación debida por él"⁵⁸. En el ordenamiento jurídico argentino esta idea viene dada desde antiguo, toda vez que en la nota al artículo 509 del Código

⁵¹ Falzea, Angelo, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 55.

⁵² Perlingieri, Pietro, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 49.

⁵³ Efectivamente en Italia dicho inciso es fundamental a la hora de tomar partido por una u otra teoría; en consecuencia, el problema crucial es establecer los contornos de la obligación resarcimiento que él impone.

⁵⁴ Rubino, citado por: Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano: Giuffrè, 1964, p. 46.

⁵⁵ Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 48.

⁵⁶ Falzea, Angelo, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 384.

⁵⁷ Cfr. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, tomo I, 2ª ed., Buenos Aires: Perrot, 1973, p. 174.

⁵⁸ Cfr. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit., p. 79. Véase jurisprudencia citada en la nota 11 de la misma página.

Civil⁵⁹, que regula la mora del deudor, Vélez Sarsfield habla expresamente de la 'culpa' del acreedor moroso⁶⁰. Como corolario de lo anterior, la doctrina impone al acreedor la obligación de resarcimiento en los mismos términos que al deudor⁶¹, aplicando los mismo principios, es decir, el acreedor es responsable siempre y cuando la negativa a cooperar provenga de dolo o culpa y, "por el contrario, si la conducta material del acreedor moroso está exenta de reproche, queda excluida su responsabilidad"⁶². Tales conclusiones son avaladas por los artículos que regulan los efectos de la falta de cooperación por parte del comprador y de los cuales han sido extraídas conclusiones con aplicación general:

CC. arg. art. 1430 "Si el comprador de una cosa mueble deja de recibirla, el vendedor, después de constituido en mora, tiene derecho a cobrarle los costos de la conservación y las pérdidas e intereses (...)".

CC. arg. art. 431 "Si la venta hubiese sido de cosa inmueble, y el vendedor hubiese recibido el todo o parte del precio, o si la venta se hubiese hecho a crédito y no estuviere vencido el plazo para el pago, y el comprador se negase a recibir el inmueble, el vendedor tiene derecho a pedirle los costos de la conservación e indemnización de perjuicios (...) "⁶³.

Por último, cabe señalar que en la doctrina italiana recientemente se ha retomado esta postura con un importante agregado, en efecto, se sostiene que la cooperación al cumplimiento constituye para el acreedor una 'obligación' susceptible de ser encuadrada en lo que se conoce como 'obligaciones

⁵⁹ Cabe recordar que las notas de Vélez a los artículos del Código Civil argentino, por expresa disposición legislativa, forma parte integrante del Código, y son esenciales a la hora de interpretar los artículos respectivos. Sobre este argumento véase: Lanni, Sabrina, "Le notas del codice di Vélez Sarsfield", en: *Roma e America*, 23, 2007, p. 69 ss.

⁶⁰ Al efecto sostiene: "El acreedor se encuentra en mora toda vez que por un hecho o por una omisión culpable hace imposible o impide la ejecución de la obligación, por ejemplo, rehusando aceptar la prestación debida en el lugar y tiempo oportuno, no encontrándose en el lugar convenido para la ejecución o rehusando concurrir a los actos indispensables para la ejecución, como la medida o el peso de los objetos que se deban entregar, o la liquidación de un crédito no líquido". Cfr. Código Civil argentino, nota al art. 509.

⁶¹ Cfr. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit., p. 176.

⁶² Cfr. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit., p. 183.

⁶³ En las notas de Vélez podemos ver claramente que el artífice original de esta solución fue Pothier, pues los párrafos 291 ss. son expresamente en la nota al artículo 1430. El codificador argentino cita también a Duranton, Troplong y Aubry y Rau. Por otro lado, la doctrina argentina sostiene que este artículo establece 'un deber de colaboración' del comprador para con el deudor. Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 294.

sin prestación', y como tal se encuentra al confín entre responsabilidad contractual y extracontractual⁶⁴.

5.2. *La cooperación al cumplimiento como deber secundario de conducta*

Un importante sector de la doctrina ve la cooperación al cumplimiento como un 'deber secundario de conducta', en este sentido se dice que en virtud de la buena fe el acreedor debe colaborar para el correcto cumplimiento de la prestación principal al cual se liga y, desde un punto de vista negativo, no dificultar al deudor la realización del pago⁶⁵. Se citan como ejemplos concretos de tales deberes: la concurrencia del acreedor a la recepción del pago, la adopción de medidas para recibir las mercaderías, la concesión de un plazo de gracia para el cumplimiento⁶⁶.

En este sentido se pronunció también el Consejo de Estado italiano, en sesión del 10 de enero de 2003, sentencia N° 32, donde sostuvo que el deber de actuar con rectitud y buena fe no se concluye en el cumplimiento de actos previstos en específicas disposiciones de ley, sino que deben llevarse a cabo incluso con comportamientos no individuados por el legislador, pero que en relación a las particulares situaciones de hecho sean necesarios para evitar un agravarse de la posición del deudor. Por tanto, no es suficiente sostener, como había hecho el juez de primera instancia, que ningún deber normativamente previsto estaba puesto a cargo del acreedor en el caso tratado, pero debe indagarse si en el ejercicio del deber de cooperar con el deudor para el puntual cumplimiento de la obligación el acreedor haya omitido actos que, sin causar particular agravio, podían, sin embargo, hacer menos gravosa la posición del deudor, a propósito de lo cual se debe agregar que el comportamiento integral de las partes de acuerdo a la buena fe, constituye

⁶⁴ D'Amico, Giovanni, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, en: Studi in Onore de Cesare Massimo Bianca, Milano: Giuffrè, 2006, p. 87. Publicado también en *Riv. dir. civ.*, 2004, parte I, p. 77 ss. Sobre la obligación sin prestación, véase: Castronovo, Carlo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra il contratto e il torto*, en: *Le ragioni del diritto: scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1995, p. 147 ss.

⁶⁵ Cfr. Martins-Costa, Judith, "A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional", São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999, p. 439. En este mismo sentido se pronuncian importantes autores franceses, como Demogue, Cfr. Vouin, Robert, *La bonne foi. Notion et rôle actuels em droit privé français*, Paris: Librarie générale de droit & jurisprudence, 1939, p. 137.

⁶⁶ Lorenzetti, Ricardo, *Tratado de los contratos. Parte general*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 393, n. 43.

una fuente de integración de los deberes de las mismas partes.

En definitiva, para esta posición doctrinaria no habría una distinción entre 'deber de cooperación' y 'cooperación en sentido técnico', ya que siempre que el deudor 'por cualquier circunstancia' necesitara de la concurrencia del acreedor, la buena fe impondría a éste prestar su colaboración, sin que pueda refutarse a prestarla⁶⁷. En este sentido se dice que el deudor es portador de un interés para que sean ejecutados por parte del acreedor los actos de cooperación dirigidos a consentir el exacto cumplimiento de la obligación contractual, que encuentra su fundamento en el interés contractual del deudor⁶⁸.

Calificar la cooperación del acreedor como 'deber secundario de conducta' que pesa sobre el acreedor implica que el deudor tendrá derecho a obtener esta cooperación⁶⁹, desde este punto de vista existe una gran similitud con la posición anterior, pero hay también una sustancial diferencia: el grado de exigibilidad. En efecto, sostener que el acreedor tiene la obligación de prestar su cooperación, significa que éste sólo podrá liberarse de ella mediante las eximentes de responsabilidad que llevan a la liberación del deudor: caso fortuito o fuerza mayor; hablar de deber de cooperación, en cambio, implica que el acreedor se exonera de responsabilidad en todos aquellos casos en que prestar su colaboración implique un 'apreciable sacrificio', no es necesario que se vea imposibilitado de cooperar, basta que le resulte demasiado problemático u oneroso⁷⁰.

5.3. La cooperación al cumplimiento como facultad del acreedor

Esta perspectiva nos presenta la cooperación del acreedor como algo

⁶⁷ En este sentido Estevill, Luis Pascual, *La responsabilidad contractual*, tomo II vol. 1. *Parte especial*, Barcelona: Bosch, 1989, p. 110 ss.; Uda, Giovanni Maria, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 355 ss.

⁶⁸ Cfr. Uda, Giovanni Maria, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 364.

⁶⁹ "Nell'obbligo giuridico, il quale si struttura evidentemente in un rapporto giuridico, sussiste pur sempre una posizione giuridica passiva che si manifesta nella doverosità giuridica di un atto e una posizione giuridica attiva di 'pretesa'" Cfr. Uda, Giovanni Maria, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 246-247.

⁷⁰ En efecto, a propósito de los deberes derivados de la buena fe, la doctrina sostiene que "questo impegno di solidarietà, che si proietta al di là del contenuto dell'obbligazione e dei doveri di rispetto altrui, trova il suo limite nell'interesse altrui ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico". Cfr. Bianca, C. Massimo, *Diritto civile. 3. Il contratto*, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2000, p. 505.

‘puramente facultativo’⁷¹, para llegar a tal razonamiento parte por criticar los llamados ‘deberes secundarios de conducta’⁷² que impondrían al acreedor los deberes de: a) no agravar la posición del deudor; b) no obstaculizar o impedir el cumplimiento y c) cooperar al cumplimiento concurriendo positivamente a las actividades de pago del deudor. Tales ‘deberes’, se dice, constituyen, o simples cargas, y como tales son expresión de determinados límites formales inherentes al derecho del acreedor, o indican, a lo más, aquello que el acreedor no puede hacer, sirviendo, por ello, para determinar los límites sustanciales del derecho; o, por último, están ligadas, no tanto a la posición del acreedor en cuanto tal, sino en cuanto es contemporáneamente deudor⁷³. En síntesis, los deberes que la doctrina atribuye al acreedor representan la especificación del deber general que la ley impone al titular de todo derecho subjetivo, cualquiera sea su categoría, de no sobrepasar los confines de las facultades dispuestas por el ordenamiento jurídico aumentando el gravamen del sujeto pasivo⁷⁴.

Específicamente, con relación al ‘deber de cooperación al cumplimiento’, se dice que éste no es más que natural reflejo de los límites del contenido del derecho del acreedor⁷⁵. Por otra parte, una intervención del acreedor que impida al deudor cumplir, no podría tener sino la misma relevancia que cualquiera otra causa de imposibilidad no imputable al deudor, excluiría, por tanto, toda responsabilidad de incumplimiento y, eventualmente, provocaría la liberación del deudor junto con la extinción de la relación obligatoria, según las reglas generales de extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida⁷⁶. En definitiva, afirman estos autores, dado que el crédito tiene el carácter de derecho subjetivo, su ejercicio depende exclusivamente de la voluntad del acreedor.

⁷¹ Natoli, Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*. Tomo I: *Il comportamento del creditore*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 48.

⁷² Una dura crítica a la existencia de estos deberes realiza Bigliazzi Geri, Lina, en: voz “Buona fede nel diritto civile”, en: *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. II, p. 170.

⁷³ Natoli, Ugo, “L'attuazione del rapporto obbligatorio”, cit., p. 50 ss.; Bigliazzi Geri, Lina, voz “Buona fede nel diritto civile”, cit., p. 170 ss.

⁷⁴ Natoli, Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 55.

⁷⁵ Natoli, Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 49.

⁷⁶ Natoli, Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 49. Sobre los efectos de la falta de cooperación en la extinción de la obligación, véase: Lamarca Marqués, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit.

Para atemperar las perniciosas consecuencias a las que puede llevar esta teoría, sus sostenedores afirman que, como contrapeso a la arbitrariedad del acreedor, el deudor tiene el 'derecho potestativo'⁷⁷ a ser liberado del 'vínculo obligatorio'⁷⁸, que le proporciona la posibilidad de desobligarse aun contra la voluntad del acreedor⁷⁹. En todo caso, aseveran, la existencia de tal derecho no implica colocar a cargo del acreedor la *obligación* o *deber* de cooperar al cumplimiento, él sirve sólo para delimitar las fronteras del 'abuso del derecho' por parte del acreedor⁸⁰, quien, en principio, debe ser considerado árbitro para decidir si colocar o no en movimiento aquella actividad que, dependiendo del caso, puede ser indispensable a fin que la relación obligatoria pueda tener efectivo desarrollo y la falta de dicha actividad no puede tener para el acreedor un efecto más grave que la eventual extinción de su derecho⁸¹. En conclusión, el deudor tendría siempre derecho a liberarse, pero no podría constreñir al acreedor a recibir la prestación, una cosa es el interés a ser liberado del vínculo obligatorio y otra, el interés a liberarse mediante la efectiva ejecución de la prestación; la ley protegería sólo al primero, quedando la protección del segundo limitada a los casos en que las partes lo hayan expresamente establecido⁸².

El autor, cuyo pensamiento se viene exponiendo, basa su razonamiento en el artículo 1206 del CC. italiano:

"Il creditore è in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti o non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione". [El acreedor está

⁷⁷ "Il diritti potestativi sarebbero caratterizzati da questo che la norma attribuisce ad un soggetto il potere di modificare una situazione giuridica preesistente mediante un atto della sua volontà, atto che diventa rilevante anche per tutti coloro i quali sono interessati a quella situazione giuridica: questi ultimi nulla sono tenuti a fare al fine di cooperare col titolare al raggiungimento del suo interesse, ma nulla possono d'altro canto fare per impedire quel mutamento". Giorgianni, Michele; *L'obbligazione, Parte generale*, Milano: Giuffrè, 1968. Ver también: Auletta, Giuseppe, "Poteri formativi e diritti potestativi", en: *Riv. dir. com.*, 1939 (consultado mediante el extracto elaborado por: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1939).

⁷⁸ Natoli, Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 64.

⁷⁹ Rescigno, Pietro, voz *Obbligazione*, en: Enciclopedia del diritto, vol. 29, p. 145: "El destinatario de un derecho potestativo sufre la modificación de la propia esfera jurídica sin necesidad de colaboración y sin la posibilidad de impedir los efectos del acto".

⁸⁰ Natoli, Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 64.

⁸¹ Natoli, Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 49.

⁸² Natoli, Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 65.

en mora cuando, sin motivo legítimo, no recibe el pago que se le ha ofrecido en los modos establecidos por los artículos siguientes o no realiza cuanto sea necesario a fin que el deudor pueda cumplir la obligación].

En virtud de este artículo el autor distingue entre mora del acreedor y del deudor, señalando que mientras en ésta debe existir culpa o dolo del deudor, para constituir en mora al acreedor tales elementos subjetivos no son necesarios⁸³. Por tanto, para determinar si existe o no un 'motivo legítimo' para refutar la prestación, deberá analizarse el caso concreto sobre bases objetivas; teniendo en cuenta, incluso, el interés del deudor a ser liberado de la obligación, podrán también considerarse elementos de carácter subjetivos, siempre que sean decisivos, que el juez valorará de acuerdo a las reglas de la buena fe. "El resultado negativo de tal valoración –la no plausibilidad de los motivos, o la confirmada inexistencia de una exigencia objetivamente prevaleciente respecto al interés del deudor– debe, en definitiva, hacer que se considere el comportamiento del acreedor como abusivo, en cuanto constituye una superación del límite, que se expresa en la simple discrecionalidad (del contenido) del relativo derecho y, consecuentemente, debe dar lugar a la prevalencia del interés del deudor a la liberación"⁸⁴. Resultado de tales consideraciones serían las sanciones impuestas en *Codice Civile*, artículo 1207:

Para esta doctrina, este artículo constituye la reacción del legislador italiano frente a la 'actitud abusiva' del acreedor reflejada en la esfera jurídica del deudor. Por tanto, las medidas adoptadas por el artículo establecerían medidas de orden meramente equitativo, tendientes a reducir al mínimo las consecuencias desventajosas que el comportamiento abusivo del acreedor implicaría para el deudor al imponer a éste, arbitrariamente, la dilación de la relación obligatoria⁸⁵.

5.4. La cooperación al cumplimiento como carga sobre el acreedor

Por último, un sector de la doctrina que hoy podemos llamar mayoritaria⁸⁶ sostiene que el acreedor no es deudor de la cooperación al

⁸³ Natoli, Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 65.

⁸⁴ Natoli, Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 72.

⁸⁵ Natoli, Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 72.

⁸⁶ Para todos ver Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*,

cumplimiento, ni como 'deber' ni como 'obligación', pero tampoco se trata de una 'mera facultad'. En efecto, sostienen, la mora del acreedor no es una especie de *mora solvendi* y sólo cuando el contrato tutele el derecho del deudor a cumplir se puede decir que la cooperación del acreedor es objeto de 'obligación'⁸⁷, fuera de este campo puede hablarse, a lo más, de una 'carga' para el acreedor⁸⁸. La razón de tal razonamiento se encuentra en que para estos autores la cooperación del acreedor está siempre destinada a la realización de su derecho, el rol del acreedor no puede ser confundido con aquel del deudor sin alterar el esquema de la obligación como instrumento para la satisfacción del interés crediticio⁸⁹.

Ver en la cooperación del acreedor una 'obligación', dicen, implicaría que toda obligación cuya ejecución requiera el concurso del acreedor deba, necesariamente, ser tratada como 'bilateral' (del mismo modo que aquéllas derivadas de contrato principal) y que entre la oferta real y la ejecución forzada ya no existiría ninguna distinción⁹⁰.

Argumentan los sostenedores de esta teoría que las instituciones de la mora y del depósito de la cosa debida no están destinadas a resolver los problemas prácticos que pretende resolver la obligación en sentido técnico⁹¹. Esto es evidente en cuanto la *mora creditoris* cobra toda su magnitud cuando se trata de obligaciones recíprocas, en tal caso, el interés protegido no es el del deudor, sino el interés crediticio referido a la recepción de la contraprestación, no a la cooperación que la contraparte debe prestar a fin que se pueda llevar a efecto la propia prestación. En realidad, las normas sobre la mora del acreedor están destinadas a proteger el interés que cada una de las partes tiene a no perder el derecho a la contraprestación por el hecho de la contraparte⁹². En

cit., p. 91 ss; Lamarca Marqués, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit.; Hínestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 556.

⁸⁷ Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 47.

⁸⁸ Cfr. Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio, *Tratado de las obligaciones. Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 2ª ed., Santiago: Jurídica de Chile, 2004, p. 305. A esta noción recurren numerosos autores de la doctrina alemana moderna, y sería aquélla consagrada en el Código de las obligaciones suizo. Cfr. Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., p. 91 ss.

⁸⁹ Bianca, C. Massimo, *L'obbligazione*, reimpresión actualizada, Milano: Giuffrè, 2005, p. 375.

⁹⁰ Véase Romano, Geremia, *Interessi del debitore e adempimento*, cit., p. 210.

⁹¹ Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 48; Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., p. 119 ss.

⁹² Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 49.

efecto, cuando el acreedor está en mora se pone a su cargo el riesgo de la cosa debida, por tanto, si la cosa perece sin culpa del deudor, éste tendrá igualmente derecho a la contraprestación. En definitiva, afirman, con tales normas la ley no entiende procurar al deudor un bien, ni el resultado de una actividad ajena, pretende sólo regular el nexo sinalagmático entre las dos prestaciones. Por tanto, la cooperación no es debida, se puede sólo sostener que su falta es considerada por el legislador como criterio para asignar al acreedor el riesgo que envuelven los obstáculos que puedan impedir la prestación del deudor. El acreedor no tiene sino una 'carga' de cooperar, a fin de no tener que cumplir en todo o parte su obligación, sin ver satisfecho el propio crédito⁹³.

Por otro lado, dicen, en la negativa del acreedor a recibir la prestación no puede verse un problema de culpa, la cual es fundamental en el incumplimiento del deudor. En efecto, argumentan, la mora del acreedor es independiente de la noción de culpa, ya que es suficiente el hecho objetivo del retraso⁹⁴.

En lo relativo a la liberación coactiva del deudor, ésta no constituiría la ejecución forzada de una obligación de hacer, ni tendería a procurar una prestación al deudor, sino a determinar los confines de la prestación⁹⁵.

En cuanto al resarcimiento del daño y el reembolso de los gastos, la mayoría de los sostenedores de esta teoría sostienen que el acreedor no está sino obligado al reembolso, pero que no debe soportar las pérdidas o perjuicios que de ello se sigan al deudor, pues en tal caso ya no se podría hablar de carga⁹⁶. Esta concepción está consagrada en el BGB, § 304, según el cual el deudor puede exigir el resarcimiento de los mayores gastos que el mismo ha debido hacer por el ofrecimiento infructuoso, como también por la custodia y conservación del objeto debido⁹⁷. Para explicar el significado del parágrafo 304 del BGB algunos autores afirman que, a los efectos de la aplicación de este precepto, deben tenerse en cuenta los gastos de almacenaje, primas de

⁹³ Cattanco, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 50.

⁹⁴ Ver Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., p. 92.

⁹⁵ Cattanco, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 58.

⁹⁶ Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., p. 55. Este autor, hablando en general de las 'cargas del acreedor', sostiene que en el supuesto de inobservancia de la carga por el acreedor, el riesgo ha de atribuirse exclusivamente al acreedor. Las consecuencias perjudiciales que derivan de la inobservancia de la carga han de ser soportadas exclusivamente por el acreedor, sin que quepa su desplazamiento al deudor, ya que son el resultado de una conducta que sólo a él le es imputable.

⁹⁷ Cfr. Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y comercial*, cit., p. 185.

seguros, gastos de asistencia y alimentación de ganados; pero no ganancias dejadas de obtener por el deudor –como, por ejemplo, el arrendamiento que en otro caso hubiese podido concertar de los locales que necesitó para la conservación de la cosa– ya que éstos son ‘daños’, pero no ‘gastos’^{98,99}.

La misma concepción contenida en el BGB pareciera estar consagrada en el Código Civil chileno, artículo 1827:

“Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas que en que se contenga lo vendido, (...)”¹⁰⁰.

En las notas de Bello a este artículo cita como referente la P. 5ª, tit. 5º, Ley 27. Sin duda, esta norma es el antecedente de la parte relativa al peligro de la cosa, pero ella no hace referencia al resarcimiento del daño por parte del comprador, con lo cual, no fue de allí que sacó la parte que a nosotros interesa¹⁰¹. En cambio, podemos ver un antecedente directo de este artículo en el “Tratado de compraventa” de Pothier, donde este autor afirma que “una de las obligaciones que contrae el comprador y que nace de la naturaleza del contrato, es la de llevarse los géneros que le han sido vendidos”, agregando, “cuando por notificación judicial ha sido declarado en mora de cumplir esta obligación, deberá responder de los daños y perjuicios que el vendedor haya sufrido desde el día en que tal notificación tuvo lugar, en concepto de gastos de almacenaje”¹⁰².

⁹⁸ Cfr. Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y comercial*, cit., p. 186.

⁹⁹ En todo caso, cabe señalar que al resarcimiento de los perjuicios se llega mediante los llamados ‘deberes de protección’, que tienen por objeto proteger a los contratantes del daño de contacto social al interior de la relación obligatoria. Sobre el origen y funcionamiento de los ‘deberes de protección’, véase: Lambo, Luigi, *Obblighi di protezione*, Padova: CEDAM, 2007; Rosello, Carlo, “Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto della giurisprudenza”, en: *Contratto e impresa*, 1996, p. 653; Benatti, Francesco, “Osservazioni in tema di doveri di protezione”, en: *Riv. trim. proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss.; Castronovo, Carlo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, en: *Jus*, 1976, p. 123 ss.; Canaris, Claus-Wilhelm, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, en: *Riv. critica dir. priv.*, 1983, p. 793 ss.; Mengoni, Luigi, “La parte generale delle obbligazioni”, en: *Riv. critica dir. priv.*, 1984, p. 507 ss.; Castronovo, Carlo, voz *Obblighi di protezione*, en: *Enciclopedia giuridica*, Treccani, vol. XXI, 1990.

¹⁰⁰ La misma idea se desprende del artículo 1604, que dice: “Las expensas de toda oferta y consignación válidas serán a cargo del acreedor”.

¹⁰¹ Véase P. 5ª, tit. 5º, Ley 27. Consultada en: *Las siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López*, trad. castellana de Ignacio Sanponts y Barba, Ramón Martí de Eixala, José Ferrer y Subina, tomo II, Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes, 1843, p. 82.

¹⁰² Cfr. Pothier, Robert Joseph, *Tratado de los contratos*. Tomo I. *Tratado de contrato de venta*, cit., p. 151.

Sin embargo, y no obstante la letra del artículo, que sólo hace referencia a sumas que constituyen gastos efectuados por el vendedor, la doctrina chilena lo interpreta ampliamente, pues por una parte lo hace extensivo a todas las obligaciones y, por otra, lo extiende también al resarcimiento propiamente tal, señalando que en virtud de él, cuando el 'acreedor' se constituya en mora "debe indemnizar los perjuicios" al deudor¹⁰³, sin distinciones de ningún tipo. Pero debemos reconocer que los autores no se han detenido acuciosamente sobre el punto, en efecto, a la par que hablan de obligación de resarcimiento, hablan también de carga, sin que haya una postura clara al respecto¹⁰⁴.

Por último, es interesante notar que Cattaneo, uno de los grandes sostenedores de esta teoría, afirma que el deudor queda obligado a realizar cuanto sea necesario para asegurar la satisfacción del acreedor, pero el costo de este suplemento de prestación debe ser enteramente soportado por el acreedor: no sólo los mayores gastos¹⁰⁵, sino también las ganancias que el deudor no puede obtener por el hecho de tener que continuar a cumplir después de la constitución en mora¹⁰⁶; con esta afirmación el autor pareciera admitir que la cooperación puede dar origen a una obligación para el acreedor, lo cual se explica porque él no puede desconocer el dato positivo del antes citado artículo 1207 del *Codice Civile* que expresamente establece que el acreedor queda obligado a resarcir los daños derivados de su mora, pero él intenta salvar esta contrariedad aclarando que el resarcimiento por mora del acreedor se refiere a los daños ocasionados por la falta de liberación tempestiva del obligado, no a aquéllos consistentes en la pérdida de aquellas ventajas de

¹⁰³ Cfr. Barros Errázuriz, Alfredo, *Curso de Derecho civil*, Santiago: Editorial Nascimento, 1932, p. 75; Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, cit., p. 782; Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio, *Tratado de las obligaciones. Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, cit., p. 311.

¹⁰⁴ En este sentido Fernando Fueyo, quien después de haber hablado de la "carga que llevaba el acreedor como tal en la relación", termina por tratarla como una verdadera obligación que se rige por las mismas reglas que rigen el incumplimiento del deudor propiamente tal, artículos 1556-1558. Véase Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed., actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez, Santiago: Jurídica de Chile, 2004, p. 453 ss. Similarmente Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio, *Tratado de las obligaciones...*, cit., p. 305 ss., en esta obra no se duda en calificar de 'carga' la cooperación del acreedor, pero luego, al tratar los efectos de la mora, se dice que el acreedor debe resarcir "los perjuicios al deudor".

¹⁰⁵ Sobre las características que deben cumplir los gastos para ser reembolsados, véase Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 96 ss.

¹⁰⁶ Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 98; Id. "Della mora del creditore", en: *Commentario del codice civile*, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna: Zanichelli, Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1973, p. 120.

otro género que el deudor, ejecutando la prestación, habría podido obtener, es decir, se limita al "interés negativo"¹⁰⁷. Por otro lado, afirma, la obligación del acreedor de resarcir los daños que su mora ocasiona al deudor, así como la liberación coactiva, sirven para lograr objetivos que no quedan incluidos en las obligaciones en sentido técnico, y a tutelar intereses diversos de aquellos que el derecho de crédito tiende típicamente a satisfacer¹⁰⁸. Por último, sostiene este autor, si bien la imposición de resarcimiento lleva a pensar en un 'deber', ello no puede aceptarse, pues el concepto de deber presupone que la relativa sanción se aplique solamente cuando el obligado esté en grado de llevar a cabo el comportamiento debido, mientras que cuando se habla de la mora del acreedor la responsabilidad es objetiva, no está fundada en la culpa¹⁰⁹.

En conclusión, para los sostenedores de esta teoría, la cooperación es vista por el ordenamiento como un medio para proteger el interés del mismo acreedor¹¹⁰, siendo éste el único que debe soportar las consecuencias de su falta de cooperación, por tanto, no puede constituir sino una 'carga'¹¹¹.

6. LA 'CARGA' AL INTERIOR DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA: LA NOCIÓN DE CARGA POR OPOSICIÓN A AQUÉLLA DE DEBER

A fin de entender las consecuencias de las diversas teorías que hemos expuesto deben ser diferenciados los diversos conceptos a que ellas hacen remisión. En particular, debemos referirnos a los conceptos 'deber' (comprensivo de obligación) y 'carga', a fin de establecer cuáles son los criterios que nos permiten distinguir uno y otra, pues, como dijimos, la doctrina actualmente mayoritaria sostiene que la cooperación del acreedor al cumplimiento constituye precisamente una carga.

Tratando de los deberes jurídicos, la doctrina más autorizada sostiene que la existencia de un deber jurídico no es otra cosa que la validez de una norma jurídica, que haga depender una sanción del comportamiento (acción

¹⁰⁷ Cfr. Cattaneo, Giovanni, *Della mora del creditore*, cit., p. 120 ss.

¹⁰⁸ Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 50.

¹⁰⁹ Cattaneo, Giovanni; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 57. En el sentido que la mora *creditoris* no necesita de la culpa, pero que no obstante ello constituye igualmente un 'deber secundario de conducta', véase Giacobbe, Giovanni, voz *Mora del creditore* (dir. civ.) en: *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVI, p. 962 ss.

¹¹⁰ Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 58.

¹¹¹ Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., 1964, p. 60.

u omisión) opuesto a aquel que constituye el deber jurídico. El deber jurídico no es nada diverso de la norma jurídica. Es simplemente la norma jurídica en su relación con el individuo, a cuyo comportamiento la norma conecta una sanción. Contenido del deber jurídico es el comportamiento opuesto (contrario) al comportamiento que, en cuanto ilícito, es la condición de la sanción. El deber jurídico es el deber de abstenerse del ilícito. Es el deber del sujeto de obedecer la norma jurídica¹¹². En consecuencia, es posible definir el deber como la "posición (pasiva) del sujeto frente al ordenamiento, por efecto del cual él viene a estar en la necesidad de un comportamiento (activo o pasivo) que adquiere relevancia jurídica, prescindiendo de cualquier consideración de su voluntad (*necessitas agendi*)"¹¹³. El término deber asume para el derecho un significado propio a través de la sanción que va implícita en el concepto. En efecto, un comportamiento es necesario sólo cuando de su inobservancia deriva, para el sujeto destinatario de la norma, la aplicación de una sanción, o sea, cuando la violación del deber conlleva una consecuencia para él desfavorable.

De lo dicho se desprende que los elementos constitutivos del 'deber' son tres: a) la limitación de la libertad del sujeto; b) el contenido sustancial del deber, es decir, el comportamiento debido en su objetividad y en su función de satisfacción del interés jurídico prevalente de otro sujeto o de la sociedad; c) la sanción puesta como garantía del deber jurídico y, por tanto, el estado de responsabilidad del sujeto de frente al ordenamiento jurídico¹¹⁴.

Con el fin de confrontar los conceptos de deber y carga, debemos concentrarnos en la sanción, que se define como "la consecuencia que el derecho conecta a la violación de un precepto establecido para tutelar determinados intereses, confiriendo al ofendido el poder de obtener la reparación o la represión y poniendo al culpable en la necesidad de sufrir un perjuicio correspondiente"¹¹⁵. Desde el punto de vista del sujeto que viola la norma la sanción se traduce en responsabilidad¹¹⁶, que se define como "la

¹¹² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho e dello stato*, trad. italiana de Sergio Cotta y Giuseppino Treves, 6ª ed., 1994, reimpresión, Milano: ETAS, 2000, p. 59. Véanse también: Von Tuhr, Andreas, *Parte general del derecho civil*, trad. castellana de Wenceslao Roces, San José de Costa Rica: Ediciones Juricentro, 1977, p. 19; Betti, Emilio, *Diritto romano*, vol. I. *Parte generale*, Padova: CEDAM, 1935, p. 406 ss.

¹¹³ Cfr. Palermo, Antonio, voz "Obbligo giuridico", en: *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, p. 704.

¹¹⁴ Palermo, Antonio, voz *Obbligo giuridico*, cit., p. 704.

¹¹⁵ Cfr. Betti, Emilio, *Diritto romano*, cit., p. 412.

¹¹⁶ Cfr. Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio, *Tratado de derecho civil. Partes*

posición en que se encuentra una persona creada por la necesidad jurídica de sufrir la pérdida de un bien a título de reparación o de pena, en razón de un ilícito puesto a su cargo¹¹⁷. Siguiendo esta línea de pensamiento, es posible distinguir entre la sanción penal y civil; en el primer caso la sanción es justamente la pena y, en el segundo, se traduce en el resarcimiento de los perjuicios causados¹¹⁸.

Lo dicho hasta aquí se refiere a la violación de un deber propiamente tal, veamos ahora la 'carga'. Éste término corresponde en español al concepto de 'onere' en italiano¹¹⁹, a su vez, este último proviene del latín *onus*¹²⁰, que se ha conservado en el idioma portugués con la misma grafía: 'onus'¹²¹, y que se ha generalizado en derecho procesal con la clásica locución 'onus probandi', literalmente: 'carga de la prueba'¹²². En efecto, la precisa delineación del concepto de carga por parte de la ciencia jurídica se debe especialmente a los estudiosos del derecho procesal civil¹²³. Ha sido precisamente en esta disciplina que la doctrina ha puesto en evidencia la diferencia que corre entre 'deber' y 'carga', sosteniendo que mientras al primer concepto corresponden las nociones de 'acto debido' y 'acto ilícito', éstos son ajenos al concepto de carga, de manera que la base para distinguir entre 'deber' y 'carga' sería determinar si la contravención de la norma que impone la conducta puede definirse como 'acto ilícito'¹²⁴. En este sentido, nos dice Betti, habría que

preliminar y general, 7ª ed., Santiago: Jurídica de Chile, 1998, p. 301.

¹¹⁷ Cfr. Betti, Emilio, *Diritto romano*, cit., p. 413.

¹¹⁸ Cfr. Alessandri, Arturo, Smarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, cit., p. 161; Betti, Emilio, *Diritto romano*, cit., p. 431. Este último autor habla del Derecho romano, por lo tanto, al interior de la sanción civil él distingue entre la sanción dirigida al resarcimiento y aquella dirigida a la imposición de una *pena*, pero, como sabemos, esta división ha sido superada en el sistema romanista moderno, pues, sin perjuicio de las opiniones disidentes, en la jurisprudencia no se aceptan los llamados 'daños punitivos'.

¹¹⁹ Cfr. Carbonell, Sebastián, *Dizionario fraseologico completo Italiano-Spagnolo e Spagnolo-Italiano*, parte Italiana-Spagnola, Milano: Hoepli, 1986, p. 438; Istituto della Enciclopedia Italiana; *Vocabolario della lingua italiana*, vol. III, Roma: 1987, p. 523.

¹²⁰ Cfr. Cortelazzo, Manlio; Zolli, Paolo, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, reimpresión de la 1ª ed. de 1985, Bologna: Zanichelli, 1999, p. 833.

¹²¹ Cfr. Spinelli, Vincenzo; Casasanta, Mario, *Dizionario completo italiano-portoghese (brasiliiano)*, parte 1ª, Milan: Hoepli, 1983, p. 491.

¹²² Cfr. Carnelli, Lorenzo, voz *Carga*, en: Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo II, p. 708. En este mismo sentido: Micheli, Gian Antonio, *L'onere della prova*, Padova: CEDAM, 1942, p. 67 ss.

¹²³ Palermo, Antonio, voz *Onere*, en: *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, p. 916; Gelato, Paola, voz *Onere*, en: *Digesto delle discipline privatistiche*, XIII, p. 62.

¹²⁴ Véase Carnelutti, Francesco, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma: Foro Italiano, 1951, p. 160. Tal

distinguir entre el hecho 'ilícito' y aquél simplemente 'ilegal', donde éste equivale a un hecho desprovisto de los requisitos establecidos en la ley y que, si bien no es reprochable en sí mismo, o sea, pudiéndose ejecutar impunemente, no es idóneo, por esa sola razón, para reclamar la protección legal¹²⁵.

La licitud de la conducta contraria a la carga es una característica fundamental de la misma, pero resulta insuficiente a la hora de determinar cuándo estamos delante de una carga y cuándo delante de un deber, o una mera facultad. En este punto cobra importancia la noción de 'interés que se pretende regular'¹²⁶. En efecto, mientras que cuando se trata de un deber la norma jurídica mira al interés de un sujeto diverso de aquel a quien va dirigida, cuando se trata de una carga, la norma mira un interés del sujeto a quien ella va dirigida¹²⁷. De esta manera, la carga vendría a constituir la subordinación de un interés a favor de otro interés del mismo sujeto, y sería éste quien, en base a una valoración económica de sus diversos intereses en juego, decide si actuar o no¹²⁸. En esta segunda hipótesis, no observando el comportamiento prescrito, el sujeto no comete un ilícito, dado que el ordenamiento le permite también una elección diversa, pero, en todo caso, incurre en una situación desfavorable para el mismo¹²⁹, ésta última característica distingue la carga de la 'mera facultad'.

conclusión corresponde a la evolución del pensamiento de este autor; en efecto, ya antes había afirmado: "La nozione che caratterizza l'obbligo è il vincolo imposto alla volontà. Vi sono diverse gradazioni di questo vincolo. Perciò vi sono obblighi più o meno intensi, come legami più o meno infrangibili. (...). La intensità del vincolo è infatti riflesso della attività della sanzione; la volontà è tanto più vincolata quanto meglio sappia che non potrà sottrarsi a quel sacrificio che il diritto le impone. Sotto questo aspetto assume una importanza di prim'ordine la distinzione tra le due forme fondamentali di sanzione: esecuzione e pena. Il massimo del vincolo è realizzato appunto della minaccia dell'esecuzione; quanto più questa minaccia sia precisa ed effettiva tanto più la volontà si sente dominata dell'incluttabile. (...). La esecuzione e non la pena toglie alla volontà dell'obligato ogni possibilità di evitare quel sacrificio, che il diritto pretende da lui. Perciò man mano che si passa dall'esecuzione alla pena si degrada anche della figura dell'obbligo alla figura del onere". Cfr. Carnelutti, Francesco, "Negozio giuridico, atto illecito, atto dovuto", en: *Riv. Dir. Comm.*, vol. XXI, 1923, Parte I, p. 354.

¹²⁵ Cfr. Betti, Emilio, *Diritto romano*, cit., p. 410.

¹²⁶ Cfr. Scozzafava, Oberdam Tommaso, voz *Onere* (nozione) en: Enciclopedia del diritto, vol. XXX, p. 102; Betti, Emilio, *Diritto romano*, vol. I. *Parte generale*, Padova: CEDAM, 1935, p. 412 ss.; Durante, Vincenzo, voz *Onere*, en: Enciclopedia giuridica italiana, vol. XXI, p. 3.

¹²⁷ Palermo, Antonio, voz *Onere*, cit., p. 916; Durante, Vincenzo, voz *Onere*, cit., p. 1; Scozzafava, Oberdam Tommaso, voz *Onere* (nozione), cit., 102; Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, cit., p. 301.

¹²⁸ Cfr. Betti, Emilio, *Diritto romano*, cit., p. 410; Gelato, Paola, voz *Onere*, en: *Digesto delle discipline privatistiche*, XIII, p. 62; Palermo, Antonio, voz *Onere*, cit., p. 917.

¹²⁹ Palermo, Antonio, voz *Onere*, cit., p. 917; Betti, Emilio, *Diritto romano*, cit., p. 410.

En virtud de lo anterior resulta que el poder de decisión que tiene el sujeto gravado frente a la carga, no significa que esté en completa libertad al momento de decidir si llevar o no a cabo la conducta prescrita por la norma, en este sentido se habla de 'deber-libre'¹³⁰, pues, "si bien es cierto que, de acuerdo con su etimología, la carga no es la vieja *necessitas*, ni la *obligatio* de la dogmática tradicional, ni el deber que dicen verdadero, no deja tampoco de pertenecer al mismo orden. La carga implica siempre una heterodeterminación. Nunca es carga si es, meramente, interés, tampoco si es libertad absoluta"¹³¹. Por tanto, la coactividad de la carga es limitada, pero existe, ella consiste en la 'auto-responsabilidad'¹³², que "significa que el sujeto debe reparar, a lo más, por sí mismo, las consecuencias dañinas, que un acto propio ocasiona en su patrimonio"¹³³, donde el término dañino viene considerado en sentido amplio, ya que en estricto rigor no se podría hablar de 'daño' causado con la inobservancia de una carga, porque no se estará lesionando un derecho ajeno.

Delineado así el concepto de carga, podemos decir que también en el campo de las relaciones obligatorias las partes, sobre todo el acreedor, son gravadas por diversas cargas¹³⁴. En este sentido se dice que junto con los deberes de prestación y otros deberes secundarios de conducta, las partes de la obligación son sujetos de cargas, cuyos elementos caracterizadores son la inexigibilidad de la conducta y la improcedencia del resarcimiento del daño a la contraparte, para el caso de inejecución por parte del gravado¹³⁵.

En cuanto al origen de las cargas en la relación obligatoria, la doctrina

¹³⁰ Véase Gavazzi, Giacomo, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, reimpresión de la 1ª ed., Torino: Giapichelli, 1985.

¹³¹ Cfr. Carnelli, Lorenzo, voz *Carga*, en: Enciclopedia Jurídica Omega, tomo II, p. 708. En este mismo sentido: Micheli, Gian Antonio, *L'onere della prova*, cit., p. 67 ss.

¹³² "L'antecedente immediato di codeste teoriche è da ricercare nello Zitelmann, il quale distingue della responsabilità verso il terzo, la responsabilità verso se stesso (*Verschulden gegen sich selbst*) e cioè appunto autoreponsabilità". Cfr. Micheli, Gian Antonio, *L'onere della prova*, cit., p. 67.

¹³³ Cfr. Pugliatti, Salvatore, voz *Autoreponsabilità*, en: Enciclopedia del diritto, vol. IV, p. 452 ss.; Scozzafava, Oberdam Tommaso, voz *Onere* (nozione), cit., p. 99 ss.; Betti, Emilio, *Diritto romano*, cit., p. 410-411; Sico, Ernesto, "Il creditore ha l'onere di proporre l'azione esecutiva?" (nota a la Cassazione civile, sez. I, 14 gennaio 1992), en: *Il corriere giuridico*, 1992, p. 283 ss.; Lamarca Marqués, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit., p. 39.

¹³⁴ Al respecto, véase Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., p. 50 ss.

¹³⁵ En este sentido Cabanilla Sánchez, quien contrapone el concepto de carga a los deberes de prestación, deberes accesorios y deberes de protección. En todos los casos sostiene que la diferencia radica en la inexigibilidad e improcedencia de resarcimiento cuando se trata de una carga. Cfr. Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., p. 50 ss.

sostiene que de igual manera que cabe una constitución autónoma y una constitución heterónoma de las relaciones obligatorias, las cargas pueden tener uno u otro origen. Hay que distinguir en este sentido entre las cargas cuyo origen es heterónimo, que son aquellas derivadas de la ley y de la buena fe contractual, entendida como criterio o estándar jurídico, y las cargas contractuales que proceden directamente del acuerdo de las partes del contrato y, en general, del negocio jurídico, de tal manera que no existirían si no mediase un específico convenio de las mismas en tal sentido, si bien es frecuente que figuren en contratos de adhesión¹³⁶.

En conclusión, en el campo de las obligaciones, las partes de la misma pueden ser simultáneamente sujetos de deberes y cargas, emanados de la ley, de la buena fe o del contrato. Para diferenciar una carga de un deber debemos considerar la exigibilidad y la procedencia o no de resarcimiento a favor de la contraparte, para el caso de inejecución de la conducta. Así, la existencia de una carga implica que la parte gravada es libre para llevarla a cabo, en el sentido que la contraparte no podrá, en ningún caso, exigir la ejecución del comportamiento establecido por la carga, ni tampoco podrá solicitar el resarcimiento de los eventuales perjuicios que la inercia de su co-contratante le acarreen. Como contrapartida, significa que la parte gravada, que decida no actuar, deberá soportar ella sola los perjuicios que se deriven para sí misma, es decir, se hará efectiva su autorresponsabilidad. Por último, a fin de distinguir la carga de la mera facultad habrá que determinar si el comportamiento contrario a la conducta prescrita puede resultar pernicioso para el sujeto, si la respuesta es afirmativa, se tratará de una carga, en caso contrario, de una facultad.

7. LA COOPERACIÓN AL CUMPLIMIENTO EN DERECHO ROMANO

Habiendo expuesto los conceptos modernos, veamos ahora cuál era el rol que jugaba la cooperación al cumplimiento en Derecho romano. La pregunta base de que debemos partir es la siguiente: ¿en Derecho romano, el acreedor estaba obligado a recibir la prestación o no? Esta pregunta, como toda la institución de la cooperación al cumplimiento, está directamente relacionada con la '*mora creditoris*'¹³⁷, institución que los romanos individuaban

¹³⁶ Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., p. 62.

¹³⁷ Baronca, Démètre J., *Essai sur la faute et le fait du créancier...*, cit., p. 14.

con la frase "*si per creditorem steterit quo minus accipiat*"¹³⁸ (si del acreedor dependiera que no reciba). Con estas palabras, y otras similares, los juristas romanos individuaban una serie de casos en que la imposibilidad de pagar tenía su origen en la 'esfera de control' del acreedor, sea porque éste se refutaba a recibir el pago¹³⁹, o porque el deudor ignoraba quién era verdaderamente el acreedor¹⁴⁰, o porque no podía recibir, por ejemplo, por ser menor de edad¹⁴¹; en definitiva, el caso concreto que conllevaba a la mora era considerado desde un punto de vista puramente objetivo¹⁴², siendo indiferente que el acreedor fuera culpable o no de rehusar su cooperación¹⁴³. En este sentido una de las primeras preocupaciones en surgir dice relación con el mayor costo que significaba para el deudor de una suma de dinero el pago de los intereses que la deuda continuaba a madurar mientras no se pagara, así, a fin de protegerlo, se estableció que si efectuaba el depósito de la suma debida dejaban de correr los intereses desde ese momento en adelante; pero esto no significaba que se liberara de la deuda, sino simplemente que no debía más intereses¹⁴⁴, D.22.1.7:

¹³⁸ Cfr. D.17.1.37; D.18.6.5; D.19.1.38.1; D.46.3.9.1; C.4.32.19.

¹³⁹ D.18.6.17.

¹⁴⁰ D.16.3.1.36-37; D.22.1.18.1.

¹⁴¹ D.4.4.7.2; D.17.1.56.1.

¹⁴² Cfr. Cannata, Carlo Augusto, voz *Mora* (storia), en: Enciclopedia del diritto, vol. 26, p. 927.

¹⁴³ Cfr. Kaser, Max, *Derecho romano privado*, trad. castellana de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid: Reus, 1968, p. 174. Cabe señalar que ésta no ha sido siempre la opinión dominante, en efecto, la pandectística alemana construyó la '*mora creditoris*' bajo los designios de la *mora debitoris*, en consecuencia, para estos autores ella no se producía sino cuando el acreedor estaba en culpa. Cfr. Windscheid, Bernardo, *Diritto delle pandette*, cit., p. 336-337, n. 10.

¹⁴⁴ Discutido es entre los autores el preciso efecto que produce la consignación de la suma debida en el Derecho romano. Así, mientras algunos opinan que ella tenía desde el derecho clásico un efecto liberatorio, otros dicen que esto se habría producido sólo en el derecho justinianeo. (Véase Herrera Bravo, Ramón, *Usurae, problemática jurídica de los intereses en el Derecho romano*, Granada: Universidad de Jaén, 1997, p. 97); otros autores como De Ruggiero sostienen que en derecho clásico debe distinguirse entre "depósito público o judicial" y "depósito privado" (Cfr. De Ruggiero, Roberto, *Note sul cosiddetto deposito pubblico o giudiziale in diritto romano*, en: St. Cagliari I, 1909) y, por último, existe quien señala que debe distinguirse entre antes y después del emperador Diocleciano y que sería a la época de éste que la consignación habría adquirido un efecto liberatorio (Cfr. Bove, Lucio, *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, LABEO 1, 1955, p. 173 ss.; Zimmermann, Reinhard, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, South Africa - Deventer (Boston): Juta & Co. Kluwer, 1992, p. 821; Quintana Orive, Elena, *Observaciones sobre el depósito de la cosa debida en caso de mora*, en: RIDA, 3ª serie, tomo 46, 1999, p. 448). Por nuestra parte, consideramos que, cuando menos hasta el s. III d.C., la consignación no tenía efecto liberatorio, ello lo demuestra el texto de Papiniano, contenido en D.22.1.7, que reconoce expresamente la posibilidad de que el deudor sea demandado de pago con posterioridad al depósito y, aún más, que sea constituido en mora, lo que no sería posible si la obligación

Papinianus 2 resp. "Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum. quod si postea conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt". [Un deudor, que debía también intereses, ofreció al acreedor el importe de la deuda, y no habiéndolo querido recibir, lo selló y lo depositó; desde este día no se tendrá cuenta de los intereses. Pero si demandado después para que pagase hubiere incurrido en mora, el dinero no será estéril desde ese momento].

Otra de las preocupaciones de los juristas, relacionadas con el retardo atribuible al acreedor, fue el riesgo de la cosa, en efecto, la regla general establecía que si el deudor se constituía en mora de pagar respondía por el riesgo de la cosa, pero esto era demasiado injusto cuando no dependía del deudor que el pago no se efectuase, en este caso la solución fue la inversión del riesgo. Se estableció que si el deudor hacía la oferta de pago, con todos sus requisitos, y el acreedor no lo recibía, la responsabilidad del deudor por la conservación de la cosa quedaba limitada al dolo¹⁴⁵, D.18.6.17(18):

Pomponius 31 ad q. muc.; "Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore". [Se ha de saber que cuando el comprador comenzó a incurrir en mora, se ha de responder por el vendedor, no ya de la culpa, sino solamente del dolo malo (...)]¹⁴⁶.

Más tarde se llegó a la conclusión que si el deudor efectuaba el depósito de la cosa debida en un lugar público, con todos los requisitos del pago, se liberaba de la deuda. Nace así el 'pago por consignación'. C.8.42 (43).9¹⁴⁷:

*Imperatores Diocletianus, Maximianus; "Obsignatione totius debitae pecuniae sollemniter facta liberationem contingere manifestum est. sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur solutio, fuerit celebrata. *Diocl. et*

estuviese ya extinguida.

¹⁴⁵ Véase Cannata, Carlo Augusto, voz *Mora* (storia), cit., p. 928. Este autor sostiene que éste sería el 'efecto normal' de la *mora creditoris*.

¹⁴⁶ En el mismo sentido podemos ver *Marcellus 20 Dig.*, D.46.3.72pr.

¹⁴⁷ Véase también: D.22.1.7; D.22.1.18; D.26.7.28.1; C.4.32.2; C.4.32.6; C.4.32.19. Todos estos pasajes presuponen una deuda pecuniaria, pero que el depósito era admitido también para cosas muebles, lo demuestra la Nov. 91, c. 2. Cfr. Windscheid, Bernardo, *Diritto delle pandette*, cit., p. 341 n. 2.

*Maxim. aa. Cassio. * <a 286 pp. v id. mai. Maximo ii et Aquilino cons. >”.*

[Es evidente que con el depósito de la cantidad adeudada hecho solemnemente se verifica la liberación. Pero la oferta de lo adeudado produce la liberación solamente si se hubiere hecho en el lugar en que se debe el pago.

Publicada a 5 de los Idos de mayo, bajo el segundo consulado de Máximo y el de Aquilino <286>].

7.1. La cooperación del comprador al cumplimiento en los libros ‘ad Sabinum’: D.18.6.1.3 y D.19.1.9.

Con el traspaso del riesgo y la institución del pago mediante depósito resulta que el acreedor no estaba obligado a recibir el pago, ya que el deudor se podía liberar de su obligación consignando lo adeudado, y así resultaba suficientemente protegido¹⁴⁸. Pero, qué pasaba en aquellos casos en que tal solución no era viable, o bien, cuando el deudor en espera de la cooperación del acreedor había soportado algún gasto o sufrido algún perjuicio o, más aún, cuando el deudor tenía un interés positivo en la ejecución efectiva de la prestación.

Para dar acabada respuesta a estas preguntas, particular atención debe darse a la forma en que operaba la compraventa de vino en la antigua Roma¹⁴⁹. Ella, según se desprende de las fuentes¹⁵⁰, podía ser hecha a granel (*‘Dolia, hence vinum doliare’*)¹⁵¹ o envasado (*‘Vinum amphorarium’*)¹⁵². Cuando se trataba de la venta a granel se debía proceder a la medida del vino y, hasta que ésta se

¹⁴⁸ En este sentido nos dice Kaser: “El acreedor puede perjudicar su propio crédito impidiendo por causa a él imputable y correcto cumplimiento de la prestación que el deudor le ofrece. Especialmente por la no aceptación de la prestación, por el acreedor. Esta mora del acreedor (*mora accipiendi*) no implica, como la mora del deudor, violación de la obligación. El acreedor no está obligado a aceptar la prestación y, por tanto, no responde al deudor cuando no la acepta. Sin embargo, se protege al deudor que hizo cuanto pudo para cumplir su obligación, siendo indiferente que el acreedor sea o no culpable al rehusar la cooperación”. Kaser, Max, *Derecho romano privado*, cit., p. 173-174.

¹⁴⁹ Estudiamos la compraventa de vino porque el *Corpus Iuris* nos proporciona diversos pasajes al respecto, pero debe tenerse en consideración que la doctrina romanista insiste en que las soluciones adoptadas para este caso se aplicaban también a los demás casos similares. Cfr. Quintana Orive, Elena, *Observaciones sobre el depósito de la cosa debida en caso de mora*, cit. p. 428.

¹⁵⁰ Para todas ver: Benítez López, María M., *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Madrid: Dickinson, 1994.

¹⁵¹ En este caso se trataba, por lo general, del vino nuevo que estaba en las tinajas del agricultor todavía en proceso de fermentación. Cfr. Zimmermann, Reinhard, *The law of obligation*, cit. p. 284.

¹⁵² En este caso se trataba del vino ya fermentado y de mejor calidad. Cfr. Zimmermann, Reinhard, *The law of obligations*, cit., p. 285.

efectuara, el vendedor respondía por 'custodia'¹⁵³; D.18.6.1.1¹⁵⁴, D.18.6.2.1¹⁵⁵. Por el contrario, cuando se trataba de venta en vasijas, al vendedor correspondía la 'custodia' del vino hasta la entrega del mismo¹⁵⁶, así lo dicen Ulpiano, D.18.6.4.2, y Gayo, D.18.6.2pr., téngase en cuenta que este último distingue entre vendedor-agricultor y vendedor-comerciante, lo que cobra importancia para la extensión temporal de la obligación de custodiar¹⁵⁷.

Ahora bien, todo lo dicho respecto a la responsabilidad por custodia era válido siempre y cuando no hubiere dependido del comprador que no se realizara la entrega o mensura (*mora creditoris*) porque, en tal caso, la responsabilidad se reducía al dolo¹⁵⁸, D.18.6.5:

Paulus 5 ad Sab. "Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari. si verbi gratia amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si ad mensum est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat". [Si hubiese consistido el comprador que no se llevase el vino en su día, después, a no ser de lo que se hubiese quitado por dolo malo del vendedor, no debe responderse por éste; si, por ejemplo, se hubieren vendido cien ánforas del vino que hubiese en la boda, si se midió, hasta que se mida es del vendedor todo el riesgo, a no ser que éste consista en el comprador].

Por otro lado, en ambas modalidades de venta, la *traditio* exigía una

¹⁵³ Cfr. Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 73 ss. Zimmermann, Reinhard, *The law of obligations*, cit., p. 287. Recordemos que en virtud de este grado de responsabilidad el deudor quedaba obligado a garantizar que habría hecho todo lo posible para salvar la integridad de la cosa dejada a su vigilancia, a su cuidado, a su atención: en caso de falta de restitución él era responsable para con el acreedor sin que éste último tuviera que probar su específica culpa (*sine culpa*). Cfr. Guarino, Antonio, *Diritto privato romano*, 12ª ed., Napoli: Jovene, 2001, p. 1014.

¹⁵⁴ Cabe señalar que la responsabilidad por 'custodia' está referida a la pérdida del vino en poder del vendedor, ya que el riesgo de acidez o enmohecimiento pasaba al comprador desde el momento de la *degustatio*, para la cual Catón aconsejaba tres días desde la celebración del contrato. Cfr. Zimmermann, Reinhard, *The law of obligations*, cit., p. 285 ss.

¹⁵⁵ Ver la exégesis del pasaje que lleva a determinar que el jurista hacía un uso técnico de la expresión custodia, en: Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 73 ss.

¹⁵⁶ Cfr. Frier, Bruce W., *Roman law and the wine trade: the problem of 'vinegar sold as wine'*, en: ZSSR, 100, 1983, p. 281.

¹⁵⁷ Cfr. Frier, Bruce W., *Roman law and the wine trade*, cit. p. 290.

¹⁵⁸ Cfr. Benítez López, María M., *La venta de vino y otras mercancías*, cit. p. 151; Id., *La "traditio" de mercancías*, en: INDEX, 27, 1999, p. 359 ss.

conducta activa por parte del comprador, ya que éste debía procurar la retirada de la mercancía, cuyo gasto era de su cuenta. De manera que, desde el punto de vista de la entrega, la obligación del vendedor consistía en permitir al comprador llevarse el vino, mientras que sobre el comprador pesaba la carga de retirar el producto, puesto que sobre el primero no tenía nunca el deber de realizar el desplazamiento o transporte efectivo de la mercadería¹⁵⁹. Ahora bien, si el comprador no concurría a retirar el vino, sea porque no acudía a la mensura o bien no hacía el trasvasije de aquel vendido en los envases del vendedor, éste podía llegar, incluso, a verter el vino, previo aviso al comprador. Lo cual no significaba una disolución del contrato, ya que el adquirente quedaba igualmente obligado al pago del precio y, para el caso que lo hubiese ya pagado, no tenía acción de reembolso¹⁶⁰.

Para aclarar este último punto recordemos dos cosas: primero, que el título del Digesto al que pertenecen estos pasajes es "*De periculo et commodo rei venditae*"¹⁶¹ y, segundo, que el problema del *periculum* se presenta en los contratos bilaterales y consiste en determinar la suerte que corre la prestación cuando la contraprestación deviene imposible. De lo dicho resulta que, si el comprador no concurre a la medida del vino y el vendedor lo verte, éste se coloca en la imposibilidad de cumplir su obligación, imposibilidad debida a 'su hecho', pero, por tratarse de un hecho legítimo, es un hecho *sine culpa*, por tanto, se trata de 'imposibilidad sobrevenida por un hecho no imputable al deudor', que produce la extinción de la obligación, con la consiguiente liberación del deudor y, de acuerdo con la norma romana *periculum est emptoris*, será precisamente el comprador quien deberá soportar esta pérdida 'fortuita' de la prestación y, en consecuencia, continuará a deber el precio pactado¹⁶².

¹⁵⁹ Benítez López, María M., *La venta de vino y otras mercancías*, cit., p. 150.

¹⁶⁰ Cfr. Burdese, Alberto, *Catone e la vendita di vino*, en: SDHI, LXVI, 2000, p. 275.

¹⁶¹ Con respecto a este título véanse Talamanca, Mario, *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, en: Seminarios complutenses de Derecho romano, VII, 1995, p. 217 ss. Véase también Sargenti, Manlio, *Problemi della responsabilità contrattuale*, III, *Obbligazione di consegnare e 'periculum rei venditae'*, en: SDHI, 20, 1954, p. 200 ss.; Id.; voz *Rischio*, en: Enciclopedia del diritto, vol. 41, p. 1126 ss.

¹⁶² Hoy en día la doctrina se pregunta qué ocurre con la contraprestación cuando el acreedor da lugar a la imposibilidad de la suya. La respuesta no es unánime, pero gran parte de ella tiende a seguir la solución propuesta por el BGB §324, en el sentido que el deudor tendrá derecho a la contraprestación, pero "deberá tolerar que se le impute aquello que ahorre a causa de la liberación de la prestación, o aquello que adquiera o deje maliciosamente de adquirir mediante ulterior utilización de su actividad". Cfr. Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y comercial*, cit., p. 218.

Tal razonamiento está plenamente de acuerdo con lo que nos ha llegado por otras fuentes clásicas, esta vez de carácter literario, en particular el *liber de agricultura*¹⁶³ de Marco Porcio Catón 'El viejo'¹⁶⁴, donde, tratando de la venta de vino, sostiene que el vendedor, en cuyo poder haya quedado el vino comprado (sea que se haya vendido en uva o después de la vendimia), debe guardarlo en su cantina hasta las calendas del próximo octubre, pasadas las cuales, si el comprador no concurre a retirarlo, "puede hacer lo que quiera con él"¹⁶⁵. Exactamente la misma idea encontramos en D.18.6.1.4:

Ulpianus 28 ad Sab. "Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut apparet, quantum emptori perierit". [Si se hubiera vendido el vino en tinajas, y no se hubiere convenido cosa alguna sobre esta entrega, se considera que se trató de esto, que se desocupen antes que hayan de ser necesarias para la vendimia; pero si no se desocuparan, se ha de hacer lo que opinaron los antiguos, que el vendedor haga por cuévanos la medida, y lo vierta; porque los antiguos aconsejaron esto respecto a la medida, si no apareciera cuanta fuese la medida, a saber, para que apareciese cuanto se haya perdido por el comprador].

En todo caso, el límite de la próxima vendimia (calendas de octubre)

¹⁶³ Hay algunas incertezas con respecto del título de esta obra, en efecto, para algunos el título correcto sería '*De re rustica*'. Cfr. *Opere di Marco di Marco Porcio Catone Censore*, trad. italiana al cuidado de Paolo Cugusi y María Teresa Sblendorio Cugusi, vol. I, Torino: UTET, 2001, p. 60, n. 284.

¹⁶⁴ La doctrina nos cuenta que Catón fue un jurisconsulto e histórico, nacido en Roma el 234 a. C., *praetor sardiniae* en el 198, cónsul en el 195 y censor en el 184, muerto en el 149 a. C. (Cfr. Orestano, Riccardo, voz "Catone Marco Porcio il Censore", en: *Novissimo digesto italiano*, vol. III, p. 27). Se trataba de un hombre de gran cultura, en efecto habría sido el máximo representante de su tiempo en lo que se refiere a las instituciones y costumbres de la ciudad. (Cfr. Bretonc, Mario, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli: E.S.I., p. 7; Cannata, Carlo Augusto, *Per una storia della scienza giuridica europea, I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino: Giappichelli, 1997, p. 208). Era también un experto de derecho, calificado por Cicerón en *De Orat.* 1.37.171 como 'expertísimo en derecho civil', y citado por Sexto Pomponio entre los máximos jurisconsultos del pasado, D.1.2.2.38. Por tanto, el contenido de su obra, aun cuando sea de carácter literario, es perfectamente atendible del punto de vista jurídico. Para la importancia jurídica de la obra de Catón, particularmente en lo que se refiere al incumplimiento, ver: Cardilli, Riccardo, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1995, p. 63 ss.

¹⁶⁵ Cfr. *Opere di Marco di Marco Porcio Catone Censore*, cit., p. 245.

estaba dado para el vendedor agricultor¹⁶⁶, porque la tolerancia era mucho menor si se trataba de un vendedor negociante¹⁶⁷, en este caso se aplicaba la regla expuesta por Gayo en D.18.6.2pr., es decir, debía retirarse tan pronto fueran necesarias para el ejercicio del comercio.

Con lo dicho hasta aquí podemos perfectamente visualizar en la venta de vino lo que, con lenguaje moderno, llamamos 'cooperación al cumplimiento en sentido técnico', es decir, para el cumplimiento de la obligación del deudor es necesaria una actividad por parte del acreedor: concurrir a retirar la mercadería. Siempre con lenguaje moderno, podemos decir que se trata de una 'carga' que pesa sobre el comprador, en virtud de la cual, si no concurre oportunamente al retiro del vino, pierde su derecho a exigir la entrega del mismo, pues el deudor podría legítimamente verterlo.

También podemos ver la actuación de la buena fe imponiendo lo que hoy en día llamamos 'deber de cooperación', esto desde el punto de vista del vendedor, ya que éste, si bien tiene la facultad de verter el vino cuando no es oportunamente retirado por el comprador, no lo puede realizar sin más, sino que debe proceder a advertir al comprador y, además, debe efectuar la medida del vino, a fin que se sepa qué cantidad se pierde para el comprador¹⁶⁸. Por otro lado, la única finalidad del derrame del vino es permitir al vendedor liberarse de su obligación de entrega ante la inercia del comprador¹⁶⁹, por lo tanto, no puede ejecutar dicha operación caprichosamente, sino que debe esperar hasta que los envases en que es custodiado el vino le sean estrictamente necesarios, es decir, se trata de una solución extrema, el vendedor queda autorizado para liberarse del vino sólo cuando necesite verdaderamente la

¹⁶⁶ Tratándose de un agricultor que vendía a granel, nos ilustra Catón cuál era exactamente la usanza de la época: si no se había fijado día para la medida debía esperar el vendedor-agricultor hasta las próximas calendas de enero, si para entonces el comprador no había proveído, debía proceder a medir el vino y conservarlo en su bodega hasta las próximas calendas de octubre (próxima vendimia); si todavía el comprador no lo había retirado, el vendedor podía hacer lo que quisiera con el vino. Cfr. *Opere di Marco Porcio Catone Censore*, cit., p. 245. Ver también: Castello, Carlo, *Nuovi spunti su problemi di storia, economia e diritto desunti da de agri cultura di Catone*, en: Studi in memoria do Guido Donatuti, vol. I, Milano: Cisalpino – La Gogliardica, 1973, p. 237 ss.

¹⁶⁷ Cfr. Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 73.

¹⁶⁸ "...i veteres volevano che il venditore misurasse il vino prima di versarlo: il compratore ha interesse di sapere se è rimasta una parte di quanto comprato. No vi è una ragione seria di togliere la paternità di questa annotazione (la parte final de D.18.6.1.4) a Ulpiano e attribuirle, come alcuni vogliono, a un oscuro glossatore postclassico". Cfr. Astolfi, Riccardo, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, 2ª ed., Padova: CEDAM, 2001, p. 123.

¹⁶⁹ Cfr. Benítez López, María M., *La venta de vino y otras mercancías*, cit. p. 151.

bodega. Pero, mientras el almacenaje del vino no comporte perjuicios para sus propios intereses, el vendedor no puede desembarazarse de él, debiendo conservarlo hasta cuando el comprador se presente para llevárselo.

Sin embargo, todo lo dicho respecto del tiempo que el vendedor debía esperar para el derrame no se aplicaba cuando se había fijado día para la medida, ya que en este caso el vendedor, una vez transcurrido el término, podía verter desde ya el vino. En ese contexto se encuadra un pasaje de Ulpiano de su obra *Ad Sabinum*¹⁷⁰, contenido en D.18.6.1.3:

*Ulpianus 28 ad Sab. "Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem ad mensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori". [Mas es lícito al vendedor verter el vino si se señaló día para que se midiese, y no se midió dentro de término; pero no podrá verterlo, desde luego, antes que avise ante testigos al comprador, para que o se lleve el vino, o sepa que se habrá de verter el vino; pero si pudiendo verterlo no lo vertió, es más bien digno de gracias; y puede también exigir retribución por las tinajas, pero solamente si le importó que estuviesen vacías las vasijas en que estuvo el vino, por ejemplo, si las hubiese de dar en arrendamiento, o si tuvo necesidad de tomar alquiladas otras tinajas. Pero es más conveniente que se tomen vasijas arrendadas y que no se entregue el vino, a no ser que se pague por el comprador la cantidad en que las hubiere tomado alquiladas; o vender de buena fe el vino, esto es, procurar, en cuanto puede hacerse sin perjuicio del mismo, que al comprador le resulte la cosa con el menor detrimento posible]*¹⁷¹.

¹⁷⁰ Se trata del comentario de Ulpiano a *Libri III iuris civilis* de Sabino, el más antiguo manual de instrucción para estudiante de derecho del que tengamos conocimiento, y que continuó siendo citado por los juristas durante todo el período clásico. En efecto, Pomponio, Paulo y Ulpiano le dedicaron extensos comentarios. Cfr. Shulz, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze: Sansoni, 1968, p. 277 ss.

¹⁷¹ Dada la difícil inteligencia del pasaje, acompañamos también la versión en italiano: "Il venditore

El pasaje trata de una compraventa de vino en que, habiéndose fijado día para la mensura, el comprador dejó transcurrir el plazo sin llevar a cabo las providencias necesarias para practicar tal operación. Una vez expirado el plazo, de acuerdo con la costumbre de la época, el vendedor se encontraba liberado de su obligación de entrega pudiendo, "desde luego", verter el vino, pero siempre advirtiéndolo al comprador de sus intenciones. Sin embargo, y aquí inician las innovaciones, nos encontramos delante de un vendedor que no procede al derramamiento, sino que decide conservar el vino; en tal caso, dice el Ulpiano (Sabino), el vendedor "*laudandus est potius*" (es digno de alabanza) y, para demostrar que no se trata de puro altruismo, agrega que si de ello se derivaron perjuicios, éstos deben ser resarcidos. En efecto, sostiene que, por ejemplo, si el vendedor debía dar en arrendamiento las propias vasijas, o bien, para almacenar el propio vino ha debido tomar en arriendo otras ajenas, tendrá derecho a que repercuta en el comprador el importe del canon (que debía recibir o bien que tuvo que pagar). Pero el jurista no se limita a reconocer la posibilidad de resarcimiento del daño, sino que concede, además, un derecho de retención en virtud del cual el comprador no podrá retirar el vino mientras no pague al vendedor "la cantidad en las que las hubiere tomado alquiladas", que debemos interpretar en el sentido expresado más arriba: en cuanto "le importó que estuvieren vacías"¹⁷².

Por otro lado, para el caso en que no proceda la solución precedente, concede un ulterior derecho al vendedor: "*vendere vinum bona fide*" (vender el vino de buena fe). Nótese en este caso la utilización de la expresión *bona fide*, con ella el jurista nos está indicando que el vendedor debe actuar de buena

è autorizzato, del resto, a versare il vino fuori dai recipienti spargendolo, se ha fissato un termine per la misurazione e non si è proceduto alla stessa entro il termine: egli non potrà però procedere immediatamente a versare il vino, prima di averlo comunicato al compratore con attestazione della comunicazione stessa, affinché quest'ultimo ritiri il vino o sappia che il vino verrà versato. Se, però, pur potendolo versare, non lo abbia fatto, il venditore è degno di lode, ed è perciò che può pretendere anche un canone per la giare occupate; ma soltanto se egli ebbe interesse ad avere vuoti quei recipienti in cui si trovava il vino (ad esempio perché li avrebbe dati in locazione) o se considerò necessario prendere in locazione altre giare. Più adeguato alla situazione, poi, è che il venditore prenda in locazione i recipienti e non consegna il vino, se dal compratore non gli venga restituito il relativo canone di locazione; o rivenda il vino con le modalità richieste dalla buona fede, e cioè, nei limiti in cui ciò non torni di ostacolo <alla sua normale attività> faccia in modo che la cosa si svolga con il minor danno possibile per il compratore". Cfr. Schipani, Sandro (al cuidado de), *Iustiniani augusti digesta seu pandectae*, vol. III, Milano: Giuffrè, 2007, p. 385.

¹⁷² En el mismo sentido ver: Talamanca, Mario, voz *Vendita* (dir. rom.), Enciclopedia del diritto, vol. 46, p. 437.

fe, es decir, como el *bonus vir* que, en este caso, corresponderá al diligente agricultor que vende la cosecha o al diligente comerciante en el ejercicio del comercio; no basta con que vaya al mercado y venda al primero que se ofrece para comprar, sino que debe procurar el precio más conveniente.

El pasaje concluye con una frase de cierre que se considera interpolada¹⁷³, pero, aunque así fuera, ella no modifica su contenido, sino que solamente lo aclara y extiende, ya que, al decir que "debe hacerse por el vendedor todo aquello que sea necesario a fin que la cosa llegue a poder del comprador con el menor detrimento posible", no hace sino hacer un enunciado general englobando todos los ejemplos anteriormente puestos, por lo demás, tiene el buen cuidado de aclarar que todo esto vale siempre y cuando no implique perjuicio para él mismo (vendedor). En definitiva, a través de esta fórmula resulta evidente la voluntad de tener en cuenta los diferentes intereses del comprador y del vendedor, estableciendo lo que hoy llamamos 'deber de cooperación' entre las partes de la obligación.

Por último, el aspecto más importante que emana de este pasaje dice relación con la posición que corresponde al acreedor en la relación obligatoria, cambio intrínsecamente ligado a los cambios en el sistema económico que se produjeron en Roma¹⁷⁴. En efecto, la solución propuesta por los antiguos se ajustaba al carácter agrícola de la primitiva economía romana,

¹⁷³ Cfr. "*Index Interpolationum*", t. I, p. 330.

¹⁷⁴ En la historia de Roma antigua pueden distinguirse tres modelos económico-sociales o, si se prefiere, tres modos de producción dominantes. El primero se desarrolla en el periodo que va desde la más antigua comunidad gentilicia hasta la afirmación de la esclavitud como fenómeno absorbente en el campo de las fuerzas de trabajo, o sea, hasta todo el s. IV a.C. En este periodo la actividad comercial no está desarrollada, se produce para el consumo familiar y no para el mercado. La segunda fase cubre el periodo en que las fuerzas de trabajo estaban constituidas por esclavos y no por trabajadores; esta formación se extiende del s. III a.C. hasta la mitad del s. III d.C. y, desde el punto de vista económico, se caracteriza por la afirmación del valor de intercambio, por un gran desarrollo comercial y una profunda transformación de la agricultura y de los modos de aprovechamiento de la tierra. El tercer modelo económico-social rige desde la mitad del s. III d.C. hasta la caída del Imperio, este periodo está marcado por la gran crisis económica del s. III, por la decadencia de la actividad comercial, por las nuevas relaciones entre el campo y la ciudad y, principalmente, por la decadencia de la economía esclavista y por la emersión de las fuerzas de trabajo libres que, bajo forma de colonos, son férreamente vinculadas a las grandes propiedades territoriales encabezadas por los dominios imperiales. Cfr. Serrao, Feliciano, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Jovene: 2006, p. 7 ss. Véase también: Fadda, Carlo, *Istituti commerciali del diritto romano. Introduzione*. Con una nota de lectura de Lucio Bove, Napoli: Jovene, 1987; García Garrido, Manuel Jesús, *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*, Madrid: Dykinson, 2001, p. 16 ss.; Benítez López, María M., *La venta de vino y otras mercancías*, cit., p. 13 ss.; Solidoro, Laura, *Problemi di storia sociale nell'elaborazione giuridica romana*, 2ª ed., Napoli: Jovene, 1996, p. 17.

donde el peligro de llegar a verter el vino era mínimo, ya que el agricultor podía esperar hasta un año, sin necesitar las tinajas de su bodega. Pero una vez que la estructura económica cambió, pasando de una economía agrícola a una comercial¹⁷⁵, tal solución quedó obsoleta, lo cual se debe principalmente a dos factores: a) el crecimiento del tráfico comercial conlleva el aumento de los casos en que el vendedor necesitaba las tinajas antes de un año, con lo cual se multiplican los casos de vertimiento del vino, y b) el nuevo orden económico no toleraba el desperdicio de los recursos, por tanto el vino no debía ser vertido, sino más bien conservado, y los costos de conservación debían ser, en última instancia, soportados por el comprador¹⁷⁶.

En definitiva, mediante la imposición de una obligación de resarcimiento se produce la conversión de la naturaleza jurídica de la cooperación del comprador de vino, pasando de 'mera carga' a 'deber'. En efecto, la principal diferencia entre estos dos conceptos está en la incoercibilidad del primero, en consecuencia, la inejecución de la conducta (carga) no da origen a una obligación de resarcimiento. Por lo tanto, si se establece que el comprador debe resarcir al vendedor los perjuicios que le ocasione su falta de cooperación, ya no se trata de una mera carga, sino de un verdadero y propio deber¹⁷⁷. Por último, el que se trata de un verdadero 'deber' se desprende también del contenido del resarcimiento, ya que no se trata del mero reembolso de las sumas invertidas en la conservación del vino, si así fuera podría continuar a pensarse en una carga, sino que el vendedor tiene derecho a "cuánto le importó que las tinajas estuvieran disponibles"¹⁷⁸, es decir, tiene derecho al interés positivo en la cooperación del comprador. Cabe señalar que ésta es

¹⁷⁵ Sabino, a quien consideramos pertenece la 'idea' contenida en el pasaje, vivió en el s. I d. C. (Cfr. Orestano, Riccardo, voz "Sabino Masurio", en: *Novissimo digesto italiano*, vol XVI, p. 294), que, como vimos en la nota 145, corresponde a un periodo de gran apogeo en la economía romana, caracterizado por un fuerte intercambio comercial.

¹⁷⁶ En este sentido es interesante notar el paralelo que Jorge Adame realiza entre este pasaje y los artículos 85-88 de la Convención de Viena, donde textualmente sostiene: "En este moderno derecho mercantil internacional subyace la idea de que es preciso conservar las mercancías y minimizar los daños, siempre y cuando esto no implique una carga inmoderada o excesiva a la parte que las tiene (véanse especialmente los artículos 77, 87, 88). Esta idea está claramente expresada en la frase final de este texto de Ulpiano: 'hacer cuanto pueda hacerse sin perjuicio del vendedor para que sea mínimo el detrimento para el comprador'". Cfr. Adame Godard, Jorge, *Libro XVIII del Digesto. (Sobre la compraventa)*, México: UNAM, 1993, p. 77.

¹⁷⁷ Sobre "la reparación del daño como índice de existencia de una obligación", véase Von Tuhr, Andreas, *Parte general del derecho civil*, cit., p. 103.

¹⁷⁸ En este sentido expresamente Talamanca, Mario, voz *Vendita*, cit., p. 437.

también la interpretación que, con valor general, hizo de este pasaje Pothier, señalando que el comprador deberá resarcir al vendedor incluso la ganancia que éste habría podido obtener, por ejemplo, arrendando las tinajas en que estaba almacenado el vino¹⁷⁹.

En conclusión, podemos decir que D.18.6.1.3 manifiesta un cambio de tendencia, en el sentido que el comprador del vino 'debe' cooperar a fin que el vendedor pueda cumplir con su obligación de entrega ya que, si no lo hace, debe resarcir el perjuicio que ello ocasione al vendedor. Es difícil saber hasta qué punto se trata de una solución propuesta por Sabino, por Ulpiano, o bien por los mismos compiladores¹⁸⁰, ya que en el periodo alto-post-clásico la obra de Ulpiano sufrió cambios radicales y esta revisión removi6 completamente el original clásico (donde el jurista habría tenido el buen cuidado de distinguir entre sus comentarios y las citas de Sabino), situación que fue incluso empeorada por los compiladores, ya que éstos actuaron sin cautela, unas veces cortando y otras refundiendo en una varias citas, de manera que, de tanto en tanto, la opinión de un jurista quedó en boca del otro¹⁸¹.

No obstante la confusión creada por el paso de mano en mano de la solución original, somos proclives a pensar que, cuando menos un esbozo de la solución contenida en el pasaje, debía ya encontrarse en la obra de Sabino, dado que éste no es el único caso que encontramos en el *Digesto* relativo al mismo argumento y atribuido al mismo jurista¹⁸². En efecto, encontramos también un pasaje perteneciente a Pomponio, precisamente de su obra *Comentarios a*

¹⁷⁹ Pothier, Robert Joseph, *Le pandette di Giustiniano riordinate da R. G. Pothier*, trad. italiana, vol. I, Venezia: Tipografia giustiniana di Antonio Bazzabini, 1841, p. 850.

¹⁸⁰ La doctrina retiene este pasaje fuertemente interpolado, sin que haya acuerdo en cuál sería la correcta reconstrucción. Cfr. *Index Interp.*, p. 380.

¹⁸¹ Cfr. Shulz, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 381 ss.

¹⁸² Que Sabino era partidario de conceder la *actio venditi* a fin que el vendedor obtuviera su interés en la correcta ejecución del contrato por parte del comprador se desprende también de D.18.7.6.1. Este pasaje trata de la venta de un esclavo con la promesa que el comprador le inferiría un castigo (entendemos corporal), el comprador falta a su promesa, entonces Papiniano invoca la autoridad de Sabino para que el vendedor obtenga la diferencia de precio, ya que es de suponer que a causa de dicha cláusula lo vendió en menos de cuanto efectivamente costaba.

*Sabino*¹⁸³, donde, hablando del "*Dammum Infectus*"¹⁸⁴ realiza un razonamiento a contrario y establece que forma parte del contrato de compraventa, por tanto, sancionable con responsabilidad contractual, la obligación del comprador de cooperar con el vendedor para el cumplimiento de su obligación, se trata de D.19.1.9:

Pomponius 20 ad Sab. "Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat". [Si el que hubiere comprado piedras de un fundo no las quisiera sacar, puede ejercitarse contra él la acción de venta, para que las saque].

En este pasaje el jurista concede la *actio venditi* para obtener el retiro de unas piedras precedentemente vendidas. Se tenga en cuenta que dicha *actio* tiene por objeto exigir el pago del precio, D.19.1.13.19, pudiendo el vendedor, además, solicitar los intereses corrientes desde el día de la entrega hasta la fecha del pago¹⁸⁵, D.19.1.13.20, y el reembolso de los gastos que hubiere hecho en la cosa vendida, D.19.1.13.22. Sin embargo, en este caso ella es concedida para proteger "el interés del vendedor en la remoción de las piedras"¹⁸⁶.

La pregunta que cabe en este caso es ¿por qué se concede al deudor (vendedor) la acción de venta y no se le ordena efectuar el pago por consignación? En efecto, alguno podría pensar que bastaba que el deudor hiciera retirar por su cuenta las piedras, las depositara en un lugar que le hubiera sido indicado por el juez y así se liberaba de la obligación. La verdad es que el depósito de la cosa debida con efectos liberatorios a la época de Sabino, y de Pomponio, no se conocía, lo cual vale sólo para la solución originaria, pues a la época de la Compilación el pago por consignación era una institución reconocida; los juristas la sancionan en un considerable número de pasajes¹⁸⁷. Cabe entonces

¹⁸³ Pomponio vivió durante el s. II d. C., siendo anterior a Ulpiano, por consiguiente, su comentario a los libros de Sabino es también anterior. En efecto, se trata del más antiguo comentario a la obra de Sabino, con la cual Pomponio pretendía exponer el *ius civile* distinguiéndolo del *ius honorarium*. Cfr. Shulz, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 376; véase también Orestano, Riccardo, voz "Pomponio Sesto", en: *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, p. 271.

¹⁸⁴ Cfr. *Palingenesia*, vol. II, p. 128.

¹⁸⁵ Cfr. Zimmermann, Reinhard, *The law of obligations*, cit., p. 277; Cervenca, Giuliano, *Contributo allo studio delle usurae c.d. legali nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1969, p. 13 ss.

¹⁸⁶ Cfr. Zimmermann, Reinhard, *The law of obligations*, cit., p. 823.

¹⁸⁷ D.22.1.7; D.22.1.18; D.26.7.28.1; C.4.32.2; C.4.32.6; C.4.32.19.

preguntarse: ¿por qué insisten en la misma solución?, ¿por qué reconocen al deudor la posibilidad de ejercer la acción de la venta y no aplican las normas del pago por consignación? A nuestro entender la respuesta sería: porque en este caso dicha institución no es de ayuda, en efecto, la forma en que ella funciona la hace inaplicable al caso concreto. Tres son los pasos que deben seguirse para que la consignación se estime completa: la oferta de la cosa debida, *oblatio*; la aposición de sellos, *obsignatio*, y la entrega en manos de un tercero, *depositio*, luego de lo cual se declara la suficiencia del pago y el deudor ve extinguida su obligación¹⁸⁸. En el caso propuesto, el deudor debería tomar las piedras y transportarlas al lugar designado para el depósito, el problema es que el costo de realizar tal trabajo podría superar el precio que el comprador había pagado por las piedras y, en ese caso, significaría un considerable desembolso.

Si el deudor ejecutaba semejante operación, veía extinguida su obligación de entrega, pero el que era su acreedor se transformaba en su deudor, por el costo de la remoción de las piedras; por otro lado, qué diremos respecto del *interesse* del vendedor a que el fundo quedara libre de las piedras oportunamente. En cuanto al costo de remoción, por analogía, podemos pensar que habría obtenido la suma mediante arbitraje, como dicen Sexto Elio, Druso y Celso cuando se trataba de los gastos que el vendedor hubiera efectuado en la alimentación del esclavo, durante la mora del acreedor en recibir, D.19.1.38.1. Pero, ¿qué hay respecto del *interesse*?, éste ciertamente no tenía cabida cuando se trataba de obtener el mero reembolso. En definitiva, la solución del Sabino (Pomponio) es la más oportuna, declara que el comprador, derivado directamente del contrato de compraventa, 'debe' prestarse para que el deudor cumpla con su obligación de entrega, en consecuencia, el vendedor puede exigir directamente el cumplimiento forzado de este deber mediante la *actio venditi*, la cual, por tratarse de una acción que daba origen al resarcimiento del *id quod interest* (*ex fide bona*), daba al vendedor la posibilidad de obtener 'cuanto le importó que el fundo hubiera sido liberado en tiempo', es decir, quedaba protegido incluso el interés que el deudor tenía en el efectivo cumplimiento de la obligación.

Ahora bien, el mismo razonamiento basado en la *bona fide* nos lleva a concluir que, para el caso en que sea procedente el pago por consignación, el deudor debía valerse de este medio, ya que la 'obligación' del comprador de asistir a la entrega nacía solamente en caso que fuera estrictamente necesario,

¹⁸⁸ Ver Solazzi, Siro, *L'estinzione delle obbligazioni nel diritto romano*, Napoli: Jovene, 1935 p. 143.

por lo demás, el deudor debía realizar todo aquello que pudiera ejecutar sin la cooperación del acreedor¹⁸⁹. En efecto, el *synallagma* contractual impone que, mientras él interés del deudor no se vea afectado (como nos dice Ulpiano), él debe "procurar que la cosa llegue al acreedor con el menor detrimento posible", sólo así quedan en equilibrio los diversos intereses en juego.

Por último, cabe señalar que la doctrina ha dado otra interpretación al pasaje de Pomponio. En efecto, algunos autores sostienen que la razón por la cual el jurista habría concedido la *actio venditi* sería la existencia de un pacto expreso entre las partes, en virtud del cual el comprador debía descombrar el fundo del vendedor, es decir, se trataría de una obligación contractual del comprador¹⁹⁰. En este sentido se expresa Windscheid, quien afirma que "el deudor no tiene ningún derecho (y por ello ninguna acción) a la aceptación. Pero una obligación del acreedor, de recibir del deudor dentro de un cierto término el objeto a prestar, puede ser constituida expresa o tácitamente por el hecho generador del derecho de crédito", citando como ejemplo D.19.1.9¹⁹¹. Nótese que reconoce que la obligación del acreedor puede ser contraída tácitamente, hoy en día podríamos decir 'emanar de la naturaleza de la obligación', en base a la buena fe contractual.

Esta última es precisamente la interpretación que Pothier hacía de la situación que nos ocupa. En efecto, este autor, por un lado, sostenía que en el contrato de compraventa, por ser recíprocas las obligaciones, todo aquello que la buena fe impone al vendedor se entiende también para el comprador¹⁹². Por otro lado, entendía que "una de una de las obligaciones que contrae el comprador y que nace de la naturaleza del contrato, es la de llevarse los géneros que le han sido vendidos, y cuando por notificación judicial haya sido declarado en demora de cumplir esta obligación, deberá responder de los daños

¹⁸⁹ Cfr. Windscheid, Bernardo, *Diritto delle pandette*, cit., p. 335 ss.; Cannata, Carlo Augusto, voz "Mora" (storia), cit., p. 927.

¹⁹⁰ Esta explicación habría sido sostenida por primera vez por Mommsenn. En este sentido ver: Cfr. Bianca, C. Massimo, *L'obbligazione*, cit., p. 381; Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 69. Aun cuando sin estar del todo convencido, la misma explicación encontramos en Zimmermann (Cfr. Zimmermann, Reinhard, *The law of obligations*, cit., p. 823). En todo caso, llama la atención que en la misma obra este autor cita este pasaje para demostrar cómo con la *actio venditi* el vendedor podía obtener "the co-operation of the purchaser in implementing the contract". (Cfr. Idem, p. 278).

¹⁹¹ Cfr. Windscheid, Bernardo, *Diritto delle pandette*, cit., p. 341 n. 1.

¹⁹² Cfr. Pothier, Robert Joseph, *Tratado de los contratos. Tomo I. Tratado de contrato de venta*, trad. castellana bajo la dirección de M. Dupin, Buenos Aires: Atalaya, 1954, p. 151.

y perjuicios que el vendedor haya sufrido desde el día en que tal notificación tuvo lugar, en concepto de gastos de almacenaje¹⁹³. Si bien en este punto lo limita a los gastos de almacenaje, el autor comprendía también el resarcimiento del lucro cesante, pues en las Pandectas, al analizar D.18.6.1.3, habla también de las mercedes que el vendedor hubiera podido obtener arrendando las vasijas¹⁹⁴. En definitiva, según Pothier, en virtud de su carácter sinalagmático, del contrato de compraventa surgen 'naturalmente' obligaciones para ambas partes, entre las cuales se enumera la obligación del comprador de retirar la cosa comprada en tiempo y forma (cooperar para la entrega) y, en caso contrario, se hace responsable de todo el daño que esto acarree al vendedor¹⁹⁵.

8. LOS DIVERSOS FACTORES QUE NOS PUEDEN LLEVAR A TOMAR UNA DECISIÓN EN LA MATERIA

Como hemos tenido ocasión de ver, el ordenamiento jurídico desde antiguo se ha preocupado por las consecuencias que de la falta de cooperación del acreedor se derivan para la relación obligatoria. Hoy en día, a partir de dichas consecuencias, la doctrina trata de establecer cuál es la naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor al cumplimiento. Por tratarse de argumento delicado, es difícil llegar a un consenso, en consecuencia, han surgido tantas teorías como posibilidades se han presentado: 'facultad', 'obligación', 'deber', 'carga'.

Estimamos que, a fin de dar una respuesta cabal a este problema, es necesario resolver algunas cuestiones previas: a) la mora del acreedor supone su culpa o se trata de un hecho objetivo; b) qué suerte corre la prestación a causa de la falta de cooperación del acreedor; c) si en la relación obligatoria destaca sólo el interés del acreedor o bien puede también considerarse el eventual interés del deudor al cumplimiento efectivo de la prestación; d) procede o no resarcimiento por los eventuales perjuicios que la falta de cooperación del acreedor ocasione al deudor; e) por último, si en caso de protegerse el interés del deudor mediante una obligación de resarcimiento, pueden configurarse causales de eximente de responsabilidad para el acreedor.

¹⁹³ Cfr. Pothier, Robert Joseph, *Tratado de los contratos. Tomo I. Tratado de contrato de venta*, cit., p. 151.

¹⁹⁴ Cfr. Pothier, Robert Joseph, *Le pandette di Giustiniano*, cit., p. 850.

¹⁹⁵ Véase Pothier, Robert Joseph, *Le pandette di Giustiniano*, cit., p. 849 ss. y 885; Pothier, Robert Joseph, *Tratado de los contratos. Tomo I. Tratado de contrato de venta*, cit., p. 151.

Para responder todas estas preguntas es posible apoyarse en el Derecho romano, de donde en última instancia derivan todas las teorías antes expuestas.

a) Respecto a la *mora creditoris*, ya desde el Derecho romano ella no es sino un medio para proteger al deudor de la inercia del acreedor cuando, por diversas razones, no pueda recibir la prestación, sin que cobre importancia si la negativa a cooperar sea voluntaria o bien causada por una fuerza irresistible. Por tanto, no tiene lugar el hablar de culpa del acreedor, sino que para que se produzcan los efectos de la mora bastará con el hecho objetivo de la no cooperación.

b) A los efectos de determinar si el acreedor tiene o no la necesidad de prestarse para el cumplimiento es útil determinar si la obligación subsiste o no sin esa cooperación. En este sentido hemos visto que ya desde el Derecho romano la falta de cooperación del acreedor podía dar lugar a la extinción de la obligación sin responsabilidad por parte del deudor. En efecto, la más antigua jurisprudencia admitía que el vendedor de vino pudiera incluso verter el vino, si el comprador no se presentaba en tiempo a recogerlo. Si tuviéramos que atenernos a esta sola consideración, deberíamos necesariamente concluir que la cooperación del acreedor constituye una 'carga', pues si él no quiere ver extinto su derecho de crédito deberá presentarse en tiempo y forma a prestar su colaboración¹⁹⁶. Cabe señalar que desde este punto de vista la cooperación no constituye nunca una facultad, ya que, en última instancia, el deudor dispone siempre de la excepción de prescripción, es decir la carga del acreedor podrá ser más o menos estricta, pero, si no la lleva a cabo, deberá siempre asumir las consecuencias¹⁹⁷. Sin embargo, el sólo interés a no ver extinguido su derecho, no es suficiente para calificar fundadamente la cooperación del acreedor, sino que debemos atenernos a los demás que hemos enunciado, antes de llegar a una conclusión.

c) Otro aspecto fundamental, a fin de decidir la naturaleza jurídica de la cooperación, dice relación con los intereses del deudor que cobran vigor

¹⁹⁶ En este sentido Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 51.

¹⁹⁷ En una primera manifestación de nuestra opinión (Tesis de Máster citada en la primera nota) hablamos también de una facultad, en el sentido que algunas obligaciones no se ven para nada afectadas por la falta de cooperación del acreedor, pero, en realidad, también en estos casos se trata de una 'carga', ya que en última instancia está la institución de la prescripción, con lo cual el acreedor que no presta su necesaria cooperación dentro de los plazos de prescripción ve extinguida su obligación, es decir, sufre las consecuencias, con lo cual deja de ser una facultad en sentido estricto.

en la relación obligatoria, al respecto puede hablarse: a) del interés a no ver agravada su posición, b) interés a la liberación de la obligación, c) interés a la contraprestación y d) para algunos, interés al cumplimiento efectivo de la obligación¹⁹⁸. De todos estos intereses nos parece que el derecho a la contraprestación, por referirse a los casos en que el deudor tenga a su vez el carácter de acreedor, se trata más de una tutela al crédito que una protección a los intereses del deudor; en lo que se refiere al interés a no ver agravada su posición y a ser liberado del vínculo obligatorio, hoy en día no hay mayores discusiones, ya que, por lo demás, ellos son reconocidos desde antiguo con la institución de la '*mora creditoris*' y sus respectivas consecuencias¹⁹⁹. Aquel que se presenta más complejo, es precisamente aquel que lleva a determinar la posición del acreedor en la relación obligatoria, es decir, el 'interés del deudor en el cumplimiento efectivo de la prestación'²⁰⁰.

Ahora bien, desde un punto de vista meramente fáctico es indudable que en muchas ocasiones el deudor tiene un notable interés en la efectiva ejecución de la prestación. Se trata no sólo de verse libre del vínculo obligatorio, sino de llevarlo a cabo mediante cumplimiento. En este sentido es posible distinguir entre 'interés económico interno' de la relación obligatoria e 'interés económico externo', en cuanto éste último no es intrínseco a la relación obligatoria; éste sería precisamente el caso en que el deudor tenga un objetivo interés en el cumplimiento de la obligación, pero éste no forme parte de la relación obligatoria, es decir, sea 'externo' a la misma²⁰¹, esto sucede frecuentemente con aquellas prestaciones de carácter intelectual, por ejemplo, cuando a un artista se le encomienda la realización de una obra de arte y él tiene interés de exhibirla luego en una muestra o participar en un concurso; o cuando un escritor es contratado por una casa editorial, éste no sólo tiene interés en el dinero que eventualmente pueda recibir, sino también a la publicación misma de la obra; están también los casos del actor que es contratado para presentar

¹⁹⁸ Romano, Geremia, *Interessi del debitore e adempimento*, cit., p. 146.

¹⁹⁹ Sobre este deber, véase Baronca, Démètre J., *Essai sur la faute et le fait du créancier ...* cit., p. 16 ss.

²⁰⁰ "Interesse alla liberazione e interesse all'adempimento sono concetti, evidentemente, diversi. Il secondo, in particolare, si presta a configurazioni di diversa ampiezza: la formula è tale, infatti, da ricomprendere (di per sé) non soltanto l'interesse del debitore ad adempiere per liberarsi del vincolo obbligatorio, ma altresì una serie di altri interessi che potrebbero ricollegarsi all'adempimento (quali interessi alla diffusione dei propri prodotti, ecc)". D'Amico, Giovanni, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, cit., p. 66.

²⁰¹ Ampliamente sobre la distinción entre interés interno y externo en la relación obligatoria, Uda, Giovanni Maria, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 260 ss.

un montaje, del científico que es contratado para realizar una investigación, el profesor que es contratado para dictar conferencias o lecciones, etc. En todos estos casos la simple 'liberación' del vínculo obligatorio no es suficiente para dar por satisfecho el interés del deudor, entonces la pregunta que cabe es: ¿este interés del deudor al cumplimiento efectivo de la prestación, merece tutela jurídica? Desde ya es preciso dejar claro que, si ha habido de parte del acreedor un empeño en orden a que será respetado tal interés, el derecho del deudor es tutelado, porque, en el fondo, se trata de una obligación contraída por el acreedor²⁰². La cuestión es: ¿qué pasa en aquellos casos en que no ha existido entre las partes ningún acuerdo al respecto?

Con respecto a esta cuestión la doctrina está dividida, por una parte están aquellos para quienes el interés del deudor al efectivo cumplimiento cobrará importancia sólo en caso que el contrato tutele el derecho del deudor a ejecutar la prestación, fuera de ese caso dicho interés no tendría relevancia jurídica²⁰³. En otra posición están aquellos que sostienen la existencia de un interés general del deudor a obtener la liberación del vínculo mediante la ejecución efectiva de la prestación²⁰⁴. Por último, están aquellos que reconocen la existencia de este interés, pero agregan que su protección no puede ser declarada en forma general, sino que dependerá del caso particular, serán las circunstancias de la relación las que determinarán si es digno o no de protección²⁰⁵. En este último punto, una opinión proclama que el derecho al cumplimiento se puede configurar con certeza sólo en una hipótesis: cuando el cumplimiento constituya el único medio para el deudor de conseguir la liberación del vínculo obligatorio; por tanto, se debería hablar de 'derecho a la liberación mediante cumplimiento'²⁰⁶.

Siguiendo una vez más a la jurisprudencia romana, creemos que el pasaje de Sabino (Pomponio) contenido en D.19.1.9 nos demuestra que el

²⁰² Romano, Geremia, *Interessi del debitore e adempimento*, cit. p. 291: "Quando l'interesse del debitore all'adempimento risulta del titolo dell'obbligazione, la cooperazione diventa un obbligo corrispettivo e giustifica i rimedi sinallagmatici nonché quelli previsti nella disciplina della mora debendi; si ha un obbligo principale e autonomo la cui configurazione giuridica non può risultare né condizionata, e neppure compromessa, da considerazioni eminentemente economiche dell'affare. Sorge, in definitiva, una nuova obbligazione". Ver también Lamarca Marqués, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit., p. 73.

²⁰³ En este sentido, entre otros: Ghezzi, Giorgio, *La mora del creditore...*, cit., p. 98 ss.; Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 47; Natoli, Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 69; Bianca, C. Massimo, *L'obbligazione*, cit., p. 381.

²⁰⁴ D'Amico, Giovanni, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, cit. p. 79.

²⁰⁵ Romano, Geremia, *Interessi del debitore e adempimento*, cit., p. 244.

²⁰⁶ D'Amico, Giovanni, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, cit. p. 68.

interés del deudor en el cumplimiento puede encontrar tutela jurídica, no sólo a través de una verdadera obligación, sino como un deber impuesto por la buena fe contractual. En efecto, ese pasaje revela que el acreedor no siempre es libre para decidir si prestarse o no para la ejecución del contrato, sino que, a veces, él se ve constreñido por las circunstancias, podríamos decir por 'la naturaleza de la obligación', lo que, a fin de cuentas, se traduce en el interés que tenga el deudor en el efectivo cumplimiento de la prestación. Pero de las fuentes romanas también emana que en aquellos casos en que el deudor no tenga un efectivo interés en la ejecución, es decir cuando la no ejecución no le ocasione perjuicios, él debe realizar todo aquello que pueda llevar a cabo sin la cooperación del acreedor, y al efecto se establecen el depósito de la cosa debida y, en general, todas las consecuencias que emanan de la *mora creditoris*. Es decir, en la jurisprudencia romana se tutela el interés del deudor en aquellos casos en que la efectiva ejecución de la prestación conlleve un beneficio adicional para él mismo ('interés económico externo') o, desde el otro lado de la medalla, resulta perjudicado con la simple liberación del vínculo obligatorio; en los demás casos el deudor no puede implorar por la cooperación del acreedor²⁰⁷.

Ahora bien, la pregunta que nos queda es cómo haremos para determinar cuándo el interés del deudor en la efectiva ejecución de la prestación tiene relevancia jurídica y cuándo carece de ella. Para esto podemos recurrir a la cláusula de buena fe, que impone a las partes del contrato la protección de los intereses de la contraparte, en base a las circunstancias que rodeen la relación obligatoria o, para decirlo con palabras de Pothier, cuando ello sea impuesto por 'naturaleza de la obligación'. En el ordenamiento chileno esta conclusión es avalada por el texto del artículo 1546 que a propósito de la buena fe establece:

CC. ch. artículo 1546: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

Nuestra conclusión es también ratificada por la interpretación que la doctrina más autorizada ha hecho de este artículo; en efecto, a propósito de él nos dice Guzmán Brito: "El artículo 1546, cuando discurre sobre ciertas cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, no establece una

²⁰⁷ En este mismo sentido: Lamarca Marqués, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit., p. 72; Uda, Giovanni Maria, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 312 ss.

expresión técnica, definida por la ley. Se trata simplemente de un giro de lenguaje, que perfectamente pudo ser sustituido por otro, empleado para expresar la idea de que a partir del ser, estructura u organización de cada obligación pueda derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción de la prestación obligatoria de que se trata. Por lo tanto, *es menester un examen caso a caso de la concreta obligación expresada y de su naturaleza*, para determinar si de ella emana otra 'cosa' que deba ser considerada también obligatoria, si bien no haya sido expresada como obligación (el cursivo es nuestro)²⁰⁸.

En consecuencia, será aplicación de la buena fe objetiva quien nos dirá si el deudor resulta o no perjudicado con la inejecución y, de ser así, pasaremos del campo de la cooperación al cumplimiento, al 'deber de cooperación entre las partes'.

d) Sin perjuicio de lo anterior, uno de los factores más importantes a la hora de optar por una u otra teoría es saber qué suerte corren los perjuicios que se sigan de la falta de cooperación del acreedor. En efecto, dado que, por regla general, la mora del acreedor deja incólume el vínculo obligatorio, el deudor muchas veces incurrirá en gastos ulteriores relativos a su propia condición de deudor, así como podrá sufrir daños derivados de la prolongación del vínculo obligatorio²⁰⁹. En concreto, el punto aquí es la incompatibilidad que existe entre las nociones de carga y resarcimiento del daño, es decir, si determinamos que el acreedor debe resarcir al deudor por los daños derivados de su incumplimiento, no podemos hablar de carga, ni mucho menos de facultad.

Ahora bien, también en este punto la jurisprudencia romana nos da pautas a seguir, efectivamente, Ulpiano (o Sabino) en D.18.6.1.3, nos dice que en caso que de la falta de cooperación al cumplimiento origine perjuicios al deudor, éstos deben ser resarcidos por el acreedor, pues el deudor tiene

²⁰⁸ Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *La buena fe en el Código Civil de Chile*, en: "Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea", vol. II, Padova: CEDAM, 2003, p. 308 ss.; obra publicada también en: *Tratado de la buena fe en el derecho*, dirigido por Marcos M. Córdoba, vol. II, Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 77-94. En términos similares Corral Talciani, Hernán, *La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento chileno*, en: *Tratado de la buena fe en el derecho*, dirigido por Marcos M. Córdoba, Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 213; López Santa María, Jorge, *Los contratos*, vol II, 4ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 404; Cardilli, Riccardo, *Bonae fides, tra storia e sistema*, cit. p. 73 ss.

²⁰⁹ Cattaneo, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 96 ss.; Giacobbe, Giovanni, voz "Mora del creditore" (dir. civ.) en: *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVI, p. 971 ss.

derecho a 'todo aquello que habría obtenido si la cooperación hubiese sido prestada en forma y oportunidad'. A la misma conclusión llegamos en el caso de D.19.1.9, pues se trataba de una consecuencia 'natural' de la *actio venditi*, que conllevaba siempre el resarcimiento del *id quod interest*, es decir todo aquello que interesaba al vendedor, sin necesidad de que el jurista lo dijera expresamente. En virtud de esta conclusión, el acreedor no sería totalmente libre para prestar o no su cooperación, ya que si ocasiona daños al deudor él debe resarcir, y esta obligación de resarcimiento se opone a los conceptos de 'facultad' y de 'carga'. Sin embargo, esta conclusión no puede ser generalizada sin ulteriores consideraciones, pues en la legislación moderna ello no parece tan claro.

En este punto cobran importancia los artículos que se refieren a los efectos de la mora del acreedor, en particular aquellos que regulan la eventual obligación de resarcimiento. Así, por ejemplo, en la Convención de compraventa internacional de mercaderías, la cooperación del comprador al cumplimiento de la obligación está elevada a obligación, esto se desprende de los artículos 53²¹⁰, 60²¹¹, 61²¹² y 74²¹³, en virtud de los cuales el comprador adeuda su colaboración so pena de resarcir integralmente al vendedor, y dicha colaboración incluye "adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago"²¹⁴.

Una situación particular se presenta Italia, donde resulta del todo discutible que la cooperación del acreedor pueda constituir una carga, toda vez que el artículo 1207 del *Codice Civile* establece que el acreedor queda obligado al resarcimiento del daño que ocasione al deudor, además del

²¹⁰ Art. 53 "El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato".

²¹¹ Art. 60 "La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste:

- a) en realizar todos los actos que se pueda razonablemente esperar de él para que el vendedor efectúe la entrega; y
- b) en hacerse cargo de las mercaderías".

²¹² Art. 61 "1) Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente convención, el vendedor podrá: (...)

- b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77 (...)"

²¹³ Art. 74 "La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. (...)".

²¹⁴ Cfr. Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercancías, art. 54.

reembolso por los gastos de custodia²¹⁵. Sin embargo, parte de la doctrina italiana más autorizada afirma con convicción que se trata precisamente de una carga y que dicha obligación de resarcimiento tiene como fundamento el principio general en virtud del cual el deudor debe quedar exento del perjuicio ocasionado por el hecho del acreedor, sea que éste incurra o no en culpa, por consiguiente, la norma sería coherente con la exigencia que el riesgo de la no aceptación o cooperación del acreedor recaiga sobre él mismo sin que resulte agravada la posición del deudor²¹⁶. Tal conclusión no es para nada errada, en cuanto es precisamente ese el fundamento de la *mora creditoris*, pero no tiene en cuenta el hecho que la noción jurídica de carga es incompatible con la noción de resarcimiento²¹⁷. A decir verdad, vista la redacción de la disposición, viene espontáneo pensar que se trata de una 'obligación' propiamente tal, así como propone otro respetable sector de la doctrina, pero en tal caso surge una gran dificultad: la desnaturalización de la relación obligatoria. En efecto, la obligación supone siempre una parte activa y otra pasiva (un deudor y un acreedor), y si aceptamos que el acreedor tiene la obligación de prestar su colaboración, con la consiguiente obligación de resarcimiento, de la cual se liberará sólo ante una de las eximentes de responsabilidad establecidas para el deudor, ya no podremos distinguir quién es quién en la relación obligatoria, ésta pierde su esencia²¹⁸. En consecuencia, nos parece que en el ordenamiento jurídico italiano sería más atendible aquella posición que pone la cooperación del acreedor como un deber secundario de conducta²¹⁹, como un "*obbligo*" derivado de la buena fe contractual impuesta tanto al deudor como al acreedor en virtud de los artículos 1175 y 1375 del *Codice Civile*²²⁰, sin embargo, tampoco esta

²¹⁵ Ver *supra*.

²¹⁶ Cfr. Bianca, C. Massimo, *L'obbligazione*, cit., p. 399.

²¹⁷ Ver *supra*.

²¹⁸ Al respecto justamente dice Bianca, "*La cooperazione del creditore è pur sempre finalizzata alla realizzazione del suo diritto, e il ruolo del creditore non può essere confuso con quello del debitore senza alterare lo schema dell'obbligazione quale strumento di soddisfacimento dell'interesse creditorio*". Cfr. Bianca, C. Massimo, *L'obbligazione*, cit., p. 399. En el sentido que es importante distinguir entre obligación y deber secundario (*obbligo*), porque de lo contrario se otorgaría al incumplimiento de éste la misma relevancia que al incumplimiento de la obligación, véase Uda, Giovanni Maria, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 251 ss.

²¹⁹ De deber instrumental, "*obbligo*", pero sin recurrir a la buena fe como su fundamento, habla Giacobbe, Giovanni, voz "*Mora del creditore*", cit. p. 961.

²²⁰ En este sentido Uda, Giovanni Maria, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 355 ss.

solución está exenta de objeciones, pues, efectivamente, hay casos en que ver un deber secundario de conducta en relación al acreedor parece demasiado forzado, ¿deberíamos a caso decir que el pasajero que compra un boleto de avión tiene el deber secundario de conducta de presentarse al aeropuerto en tiempo para subir al avión?

En lo que a nosotros toca más de cerca, el Código Civil chileno, cabe señalar que en él no existe una reglamentación general de la *mora creditoris* y que su reconstrucción es doctrinariamente realizada en base a aisladas disposiciones²²¹, además, la doctrina ha puesto de manifiesto que las disposiciones relativas al resarcimiento de perjuicios, artículos 1556-1558, se refieren solamente al perjuicio causado por el deudor al acreedor, sin hacer mención del perjuicio que pueda causar el acreedor al deudor²²². Las únicas disposiciones que tocan el argumento son el artículo 1604, que pone a cargo del acreedor las 'expensas' que genera el pago mediante depósito, y el antes citado artículo 1827²²³, pero esta disposición está puesta en materia de compraventa, que es donde históricamente ha sido tratado el problema que nos ocupa²²⁴, además ambas disposiciones se refieren al mero reembolso de los gastos efectuados por el deudor, sin hacer mención de los eventuales perjuicios (ni los niegan ni los autorizan), por consiguiente no son suficientes para hacer un enunciado general.

En consecuencia, para determinar si en el ordenamiento jurídico chileno es o no posible establecer una obligación de resarcimiento que pese sobre el acreedor, debemos recurrir a los principios generales de nuestro Código, entre los cuales se cuenta el principio de buena fe contractual, que tiene una función expresamente integradora, artículo 1546²²⁵, y en virtud del cual se "impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y

²²¹ Para todas ellas véase Fucyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento...*, cit. p. 453 ss.

²²² Así Claro Solar, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. V. *De las obligaciones*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 750.

²²³ Ver *supra*.

²²⁴ En efecto los dos pasajes de Sabino que hemos tratado, así como la doctrina de Pothier provienen precisamente de este contrato.

²²⁵ Ver *supra*. Sobre la historia e importancia de esta disposición véase Guzmán Brito, Alejandro, *La buena fe en el Código Civil de Chile*, cit.; Cardilli, Riccardo, *Bonae fides, tra storia e sistema*, cit. p. 73 ss. Sobre la forma en que opera la buena fe en el ordenamiento chileno véase: Peñailillo Arévalo, Daniel, "La apreciación de la buena fe", en: *Revista de derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 1, 1993, p. 69-78; Domínguez Águila, Ramón, "Comentarios de jurisprudencia", en: *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*, N° 217-218, 2005, p. 305-316; Corral Talciani, Hernán, *La aplicación jurisprudencial de la buena fe...*, cit., p. 207 ss.

lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato²²⁶. En consecuencia, nos parece que el artículo 1827 lo que hace es explicitar para la compraventa un principio de general aplicación, en virtud del cual todas las pérdidas que el deudor sufra por tener empeñadas sus fuerzas laborales más allá de lo necesario, así como los gastos extras que deba realizar para cumplir cabalmente, deben correr por cuenta del acreedor, esto no es sólo una consecuencia de la *mora creditoris*, sino que está íntimamente ligado con el equilibrio contractual, pues el acreedor no puede exigir al deudor un sacrificio mayor a aquel que había previsto al tiempo de obligarse; se trata de conservar el *synallagma* contractual²²⁷, que en nuestro Código está reconocido incluso para el deudor incumplido, a través de la limitación del resarcimiento a los daños previsibles, artículo 1558, ¿qué más queda entonces para el deudor que se apresta a cumplir? Por otro lado, hemos visto que en virtud de la buena fe se impone al acreedor el deber de tener en consideración los intereses del deudor en la efectiva ejecución de la prestación, que no siempre cobran relevancia jurídica, pero cuando la cobran merecen una tutela, y ésta se encontrará a través del resarcimiento, que es precisamente lo que distingue el deber de las meras facultades o cargas.

En definitiva, si las circunstancias (naturaleza) de la obligación lo ameritan, es perfectamente posible que el acreedor²²⁸ sea condenado a resarcir perjuicios al deudor, y dicho resarcimiento debería regirse por las mismas reglas que rigen el resarcimiento de la obligación principal, es decir comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante, artículo 1556²²⁹,

²²⁶ Cfr. López Santa Marfá, Jorge, *Los contratos*, cit., p. 402.

²²⁷ En Derecho romano, los contratos que daban origen a un juicio de buena fe tenían como característica fundamental el ser sinalagmáticos, es decir había un ligamen indisoluble entre las prestaciones de las partes, esta conexión implicaba un constante equilibrio que se enunciaba con la expresión '*ultra citroque obligatio*' y que más tarde fue sintetizada con el término *synallagma*, *Ulp.* D.50.16.19. Por lo demás, el *synallagma* tenía una doble faz: *synallagma* genético y funcional, según si el nexo de interdependencia entre las dos obligaciones operaba en el momento del nacimiento de las mismas, o si regulaba, además, la ulterior vida de la relación obligatoria. Cfr. Talamanca, Mario, voz "Vendita" cit., p. 373; Arangio-Ruiz, Vincenzo, *La compravendita in diritto romano*. Reimpresión de la 1ª ed., vol. II, Napoli: Jovene, 1990, p. 218.

²²⁸ En el sentido que la buena fe conlleva deberes también para el acreedor Oyaneder Davies, Patricio, "Comportamiento contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?", en: *Actualidad jurídica*, N° 10, 2004, p. 287-291.

²²⁹ En este sentido, aunque sin mayores justificaciones, Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento...*, cit. p. 459.

y se aplicará el artículo 1558 sobre la previsibilidad y causalidad de los daños; además el deudor deberá comportarse conforme a los dictados de la diligencia del buen padre de familia, y en base a ella evitar o mitigar los perjuicios que la falta de cooperación del acreedor pueda ocasionarle²³⁰.

e) Pero nos queda todavía una última cuestión, ¿dentro de qué límites puede el acreedor ser obligado prestar su colaboración? En otras palabras, ¿cómo se libera de su obligación de resarcir perjuicios al deudor? En efecto, si determinamos que el deudor tiene un interés al cumplimiento y que éste es digno de protección jurídica, debe determinarse cuáles serían las causales que autorizarían una negativa por parte del acreedor, es decir, cuáles serían las eximentes de responsabilidad. Pues bien, es claro que si el deber de cooperación emana de una cláusula contractual expresamente prevista por las partes, el acreedor no se libera sino de acuerdo a las reglas que rigen la extinción de la obligación por imposibilidad sobreviniente no imputable al deudor. El punto es ¿cuándo el deber de cooperar emana de la buena fe contractual, cuál es el límite a dicha exigibilidad? Para responder esta pregunta es necesario distinguir, dependiendo del contenido o fundamento de la obligación de resarcimiento, si ella pretende reembolsar al deudor los mayores gastos que haya debido realizar, así como las pérdidas sufridas por estar empeñado más de lo preestablecido; en estos casos, el acreedor no puede liberarse de esta obligación de resarcimiento, pues se trata de 'perjuicios' del deudor que redundan en un directo beneficio para el acreedor, como vimos, su resarcimiento pretende sólo restablecer el equilibrio inicial de la obligación.

Distinta será la situación cuando el resarcimiento se deba en consideración al interés del deudor en cumplir efectivamente la prestación. En este caso debemos tener en consideración que se trata de un 'deber secundario de conducta' y no de una verdadera obligación, en consecuencia, las causales de eximente que se configuran en relación al acreedor no son las mismas que se configuran para el deudor, llegando al extremo de la 'imposibilidad'; en este punto bastará la '*difficultas*'. En efecto, si bien es cierto que se reconoce el interés del deudor en cumplir y, por ende, se constituye un deber para el acreedor en recibir la prestación, éste es por siempre el sujeto eminentemente

²³⁰ Sobre la aplicación de esta institución en el ordenamiento chileno, véanse Domínguez Águila, Ramón, "Notas sobre el deber de minimizar el daño", en: *Revista chilena de derecho privado*, N° 5, 2005, p. 73-95; Fuentes Guñee, Rodrigo, "El deber de evitar o mitigar el daño", en: *Revista de derecho Universidad de Concepción*, N° 217-218, 2005, p. 223-248.

activo de la relación obligatoria, es el titular del derecho de crédito y, si no está en condiciones de aceptar la prestación del deudor, no se lo puede constreñir del mismo modo en que se constreñiría al deudor propiamente tal a realizar su prestación. En efecto, cuando la doctrina habla del 'deber de cooperación' en forma general, establece que el límite de este deber es el 'apreciable sacrificio', por tanto, si el acreedor, de acuerdo a la buena fe, no está en condiciones de cooperar, queda exonerado de su 'deber'²³¹, esto está refrendado por la casuística del Digesto, en efecto, ya Labeón dejaba exento de responsabilidad al arrendatario que no 'pudo' informar al arrendador sobre la acometida del ejército enemigo²³².

9. CONSIDERACIONES FINALES: LAS DIVERSAS POSICIONES COMO MANIFESTACIONES DE MÚLTIPLES TIPOS DE COOPERACIÓN

Concluyendo, vistas las cinco cuestiones principales que pueden llevarnos a dar una respuesta a nuestra pregunta: ¿cuál es la naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor al cumplimiento? Podemos decir que, después de haber reflexionado sobre cada una de las teorías que se proponen, y habiéndolas analizado a la luz del Derecho romano, como pilar de nuestro sistema jurídico, estimamos que no es posible hacer un enunciado general sobre la 'naturaleza de la cooperación del acreedor al cumplimiento'. En efecto, la cooperación es necesaria, no como una imposición abstracta sino como una realidad, las partes, tanto deudor como acreedor, para el logro de sus objetivos precisan de la colaboración de la otra parte. Pero, objetivamente, para la obtención de los propósitos individuales no siempre es estrictamente necesaria la participación de la otra, ya que éstos se pueden lograr mediante vías alternativas; por otro lado, no todos los intereses que una de las partes tenga comprometidos en la relación son susceptibles de ser jurídicamente protegidos mediante la exigencia de cooperación a la otra parte; por último, la falta de cooperación por parte del acreedor no produce el mismo efecto en todas las relaciones obligatorias, no podemos equiparar la situación del pasajero que, debiendo tomar un avión, no se presenta a la hora de embarque, a la del arrendador que no se presente en el día establecido a retirar el dinero de la renta: en el primer caso la obligación se extingue, en el segundo permanece

²³¹ *Ver supra.*

²³² *Ver supra.*

intacta; así como tampoco podemos comparar la situación del que debe limpiar una casa, cuyo propietario no le entrega oportunamente las llaves, con la del actor que no puede exhibirse en un espectáculo, en el primer caso el único perjudicado es el propietario, en el segundo puede también resultar perjudicado el mismo actor. En definitiva, no puede hacerse un enunciado general, sino que, a lo más, se podrá hablar de una regla general minada por un sinnúmero de excepciones²³³. En conclusión, creemos que la regla general es la 'carga', es decir, en la mayoría de los casos la cooperación del acreedor se presentará como una 'carga' que éste debe llevar a cabo si quiere ver satisfecha la propia prestación, pero ella también puede presentarse como una obligación o bien como un 'deber secundario de conducta'.

Nos damos cuenta que tal conclusión lleva al desmembramiento de la 'cooperación en sentido técnico', pues no tendría una naturaleza jurídica unitaria, sino que dependería del caso concreto. Sin embargo, creemos que ello no es verdaderamente un óbice para tal proposición, en efecto, la necesidad o menos de cooperación está estrechamente ligada a la naturaleza de la obligación y las circunstancias que la rodean, y claramente no todas las obligaciones presentan la misma naturaleza, ni están regidas por las mismas circunstancias; en consecuencia, sólo en algunos casos la buena fe objetiva (que, por el contrario, rige todas y cada una de las obligaciones) impondrá al acreedor el "deber" de prestarse para la ejecución de la prestación, en los demás casos este deber no nace²³⁴ y, por consiguiente, el acreedor no tiene sino una 'carga' de cooperación, exceptuados los casos en que ella

²³³ A decir verdad, sustancialmente a esta misma conclusión había ya llegado un autor francés en la primera mitad del s. XX, quien señalaba: "I lest donc assez difficile de poser une règle générale quand il s'agit de définir le caractère d'une obligation qui est mise à la charge du créancier en cette qualité. Les actes que l'exécution d'un contrat peut supposer, n'ayant pas toujours une valeur identique. (...) En résumé, l'exécution de l'obligation du débiteur suppose un acte constant de coopération de la part du créancier, l'acceptation pure et simple et il peut aussi être tenu à un acte de coopération positive, dont la valeur sera plus ou moins grande selon l'intention des parties ou la nature du rapport contractuel". Cfr. Baroncea, Démètre J., *Essai sur la faute et le fait du créancier...*, cit., p. 105.

²³⁴ En efecto, "L'atto strumentale è eventuale, in quanto la sua rilevanza sociale e giuridica non è necessaria ma occasionale. Uno specifico atto sarà giuridicamente rilevante in quanto una determinata occasione lo avrà reso strumentalmente indispensabile ai fini della realizzazione dell'affare economico; non sarà più giuridicamente rilevante nell'ipotesi in cui tale occasione sia venuta a mancare e l'affare economico ben può essere realizzato anche senza il suddetto atto (...)". Cfr. Uda, Giovanni Maria, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 249, n. 28. "Infatti, la prestazione contrattuale diretta alla realizzazione del programma economico è quella risultante dell'accordo delle parti; quando tale prestazione è di per se sufficiente ad assolvere l'adempimento del contratto, l'obbligo di buona fede non entra in gioco e, più precisamente, ne anche sorge". Idem, p. 273.

haya sido elevada a obligación por los propios contratantes.

Ahora bien, a fin de determinar en el caso concreto si se trata de una carga, de un deber o de una obligación, deberemos analizar los puntos antes vistos y en base a las respuestas que obtengamos podremos realizar nuestra calificación. Así, si la ejecución de la prestación mira al exclusivo beneficio del acreedor, sin que entren en juego los intereses del deudor, si de la falta de cooperación no se derivan perjuicios para el deudor y, por último, ella no está expresamente establecida como una cláusula del contrato: será una 'carga'. En este caso el ejemplo de escuela está dado por el pasajero que no se presenta al aeropuerto en tiempo para tomar el avión, aquí claramente ninguno podrá decir que el pasajero tenía el deber, ni mucho menos la obligación de presentarse, pues sólo a él interesaba tomar ese avión y si sus intereses cambiaron, pues simplemente no se presenta. Ahora bien, si alguno de los supuestos enumerados llegase a faltar, podría entonces hablarse que es una obligación, si está establecida en el contrato, o bien un deber secundario de conducta, si es impuesto por la buena fe contractual.

En este orden de cosas, la buena fe contractual puede transformar la 'carga' en 'deber' en dos hipótesis, cuando la ejecución efectiva de la prestación constituya un interés jurídicamente relevante del deudor, como cuando se trata de la primera vez que un artista se presenta en un espectáculo de gran nivel, y cuando la falta de cooperación haya de hecho originado perjuicios al deudor, como cuando a falta de la colaboración del acreedor la obra, que debía estar terminada dentro de un mes, demora dos meses.

Cabe remarcar que la importancia de nuestra conclusión radica en los efectos que producirá la falta de cooperación del acreedor, en efecto en aquellos casos en que ella sea considerada una carga, el acreedor no podrá ser constreñido a prestar su colaboración y, por consiguiente, no procederá una obligación de resarcimiento que vaya más allá del mero reembolso de los gastos efectuados por el deudor. En cambio, en aquellos casos en que la cooperación se demuestre necesaria en base a la buena fe, el acreedor adeudará también los perjuicios que el deudor sufra por estar obligado más de lo previamente establecido y, siempre que las circunstancias lo ameriten, deberá también el resarcimiento por los beneficios que el deudor hubiera obtenido con la ejecución efectiva de la prestación. En este último caso, por tratarse de un deber secundario de conducta, el acreedor podrá quedar exonerado de responsabilidad en base a la misma buena fe que le impone el deber de cooperar, es decir siempre que la ejecución efectiva de

Artículo: Sobre la naturaleza jurídica de la "cooperación" del acreedor el cumplimiento de la obligación: La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos sino también de cargas y deberes

Revista: N°225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)

Autor: Lilian San Martín Neira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO

la prestación por parte del deudor conlleve un 'apreciable sacrificio' para los intereses del acreedor.
