

Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al 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 C. SAN MARTÍN NEIRA**

Resumen: El cumplimiento de la obligación está puesto a cargo del deudor, sin embargo, la mayoría de las veces para poder cumplir el deudor necesita la cooperación del acreedor, al punto que en ocasiones la falta de cooperación torna imposible el cumplimiento. Por lo demás, el cumplimiento, o cuando menos la extinción de la deuda, no le interesa sólo al acreedor, sino también al deudor, quien quiere verse liberado del vínculo obligatorio y, algunas veces, está interesado en la efectiva ejecución de la prestación adeudada. Cabe entonces preguntarse ¿está o no obligado el acreedor a prestar su cooperación al cumplimiento?, en otras palabras, ¿cuál es la naturaleza jurídica de dicha cooperación: una facultad, una carga, un deber secundario de conducta

* Publicado en la Revista de Derecho Universidad de Concepción, n.º 225-226, 2009, pp. 135-196. En sustancia este trabajo corresponde al 3er. capítulo de la tesis de máster titulada *“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.

** Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción – Chile. Máster y Doctora en *Sistema Jurídico Romanista* por la Universidad de Roma “Tor Vergata” – Italia. Profesora Universidad Alberto Hurtado – Chile. Correo electrónico: liliansanmartinneira@gmail.com

Fecha de recepción: 20 de julio de 2011. Fecha de aceptación: 22 de agosto de 2011.

o una obligación? Este artículo pretende, a partir del Derecho romano como base del Sistema Continental moderno, dar respuesta a tal interrogante mediante la exégesis de algunos pasajes del Corpus Iuris y el análisis de las cuatro opciones sostenidas por la doctrina.

Palabras Clave: Deber de cooperación – Cooperación al cumplimiento – Mora creditoris – Cargas del acreedor – Buena fe – Deberes secundarios de conducta

About the juridical nature of creditor's 'cooperation' in fulfill contractual obligation. The dynamic position of creditor as a subject not just of rights but also of duties

Abstract: Traditionally the contractual performance is in charge of debtor's behavior, but mostly, to be able to fulfill the debtor needs creditor's cooperation at the point that without cooperation the performance becomes impossible. In this context, the author ask if creditor have or not a duty to cooperate in debtor's performance, and which is the juridical nature of that duty.

Keywords: Duty to cooperate, mora creditoris, Good faith, Secondary duties to performance

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”¹. 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 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 sujeción².

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

² Véase ANGELO FALZEA; *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano: Giuffrè, 1947; pp. 31 ss.; DÉMÈTRE J. BARONCEA; *Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur en matière contractuelle)*, Paris: E. Duchemin, 1930, pp. 9 ss.; RENÉ DEMOGUE; *Traité des obligations en général. II. Effets des obligations*, tomo VI, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1931, pp. 17 ss.

En efecto, dada la complejidad del mundo moderno, la relación obligatoria se presenta como un 'proceso'³ 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 corresponda 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 de 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 provocan 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 actual⁴. En tal sentido se dice que "aquel 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 solución"⁵.

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

³ Respecto 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.

⁴ Cfr. SEBASTIANO TAFARO; *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: ROLF KNÜTEL; *Derecho romano y ius commune frente a las cortes del la Unión Europea*, en: *Roma e America*, 1, 1996, pp. 41 ss.; SANDRO SCHIPANI; *Unificazione del diritto e diritto dell'integrazione alla luce dello Ius Romanum Commune*, en: *Roma e America*, 4, 1997, pp. 247 ss.

⁵ Cfr. ANDREA WACKE; *Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en derecho romano y comparado*, en: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 1992, p. 204.

no habían sido contempladas, pero que podían exigirse conforme a la buena fe⁶. Sin embargo, la misma generalizada 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 este 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, si bien el objetivo último de este trabajo es determinar la "naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor al cumplimiento".

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.

⁶ 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; PIETRO BONFANTE; *Essenza della 'bona fides' e suo rapporto colla teorica del errore*, en: BIDR, 1893, vol. VI. Consultado en: *Scritti giuridici varii*, II, Torino: UTET, 1926; LUIGI LOMBARDI; *Della 'fides' alla 'bona fides'*, Milano: Giuffrè, 1961; CARCATERRA, Antonio; *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli: Jovene, 1964; LUIGI CORRADINI; *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano: Giuffrè, 1968; PIERRE DANIEL SENN; voz *Buona fede nel diritto romano*, en: *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. II; GIAN PAOLO MASSETTO; voz *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, en: *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. II; LINA BILGIAZZI GERI; voz *Buona fede nel diritto civile*, en: *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. II; LUCA NANNI; *La buona fede contrattuale*, Padova: CEDAM, 1988; RICCARDO CARDILLI; *'Bona fides', tra storia e sistema*, Torino: Giappichelli, 2004; GIOVANNI MARIA UDA; *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino: Giappichelli, 2004; MARIO BARCELLONA; *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino: Giappichelli, 2006; ROBERTO FIORI; *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, pp. 237 ss; FERMÍN CAMACHO EVANGELISTA; *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*, Granada: Imprenta Francisco Román, 1962; JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS; *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, Barcelona: Bosch, 1965; AMELIA CASTRESANA; *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid: Tecnos, 1991; JOSÉ LUIS GIL Y GIL; *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Sevilla: CARL, 2003; FRANZ WIEACKER; *El principio general de la buena fe*, 2.ª ed., trad. de JOSÉ LUIS CARRO, Madrid: Civitas, 1986; JUDITH MARTINS-COSTA; *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: Editora Revisto dos Tribunais, 1999; BÉATRICE JALUZOT; *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative des droits français, allemand et japonais*, Paris: Dalloz, 2001.

2. COOPERACIÓN EN SENTIDO GENÉRICO

La cooperación en sentido genérico se 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 prestárnosla⁷. 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 de realización personal y de mejor calidad de vida"⁸.

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"⁹.

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 fe¹⁰. 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 acreedor¹¹, a fin que la ejecución de la prestación resulte lo más ventajosa posible para ambos¹².

⁷ 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. EMILIO BETTI; *Teoria generale delle obbligazioni*, tomo I, Milano: Giuffrè, 1953, p. 10.

⁸ Cfr. FERNANDO HINESTROSA; *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 114; Ver también DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO; *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones, la resolución por incumplimiento*, Santiago: Jurídica de Chile, 2003, p. 114; EMILIO SBETTI; *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 10.

⁹ Cfr. GEREMIA ROMANO; *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, pp. 53 ss.

¹⁰ BÉATRICE JALUZOT; *La bonne foi dans les contrats...*, cit., pp. 513 ss.

¹¹ "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. GIOVANNI MARIA UDA; *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 YVES PICOD; *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989, p. 104; JOSÉ LUIS GIL Y GIL; *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, cit., p. 224.

¹² En este mismo sentido CLOVIS VERÍSSIMO DO COUTO E SILVA; *A obrigação como processo*, cit., pp. 35 ss., p. 117. Este autor destaca que todos los deberes anexos pueden ser considerados deberes de cooperación.

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 condena al cumplimiento, la reintegración en forma específica¹³.

Cabe señalar que este 'deber de cooperación' no tiene contornos definidos, ni corresponde a un concepto eminentemente técnico¹⁴, 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 contrato¹⁵, 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 intereses¹⁶.

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"¹⁷.

Entre estos deberes la doctrina destaca el 'deber de aviso' y el 'deber de salvaguardar la utilidad de la contraparte'. Véase LUCA NANNI; *La buona fede contrattuale*, cit., pp. 269 ss.

¹³ Cfr. ANTONIO PALMA; *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, pp. 42 ss.; LUCA NANNI; *La buona fede contrattuale*, cit., p. 269; JOSÉ LUIS GIL Y GIL; *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, cit., p. 222.

¹⁴ 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. BÉATRICE JALUZOT; *La bonne foi dans les contrats...*, cit., p. 516.

¹⁵ 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 desprendía que habría debido colaborar. Cfr. Cass. Civ., sez. III, 9 marzo 1991, n.º 2503, en: *Il corriere giuridico*, 7, 1991, pp. 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: BÉATRICE JALUZOT; *La bonne foi dans les contrats...*, cit. pp. 513-514.

¹⁶ En estos términos se expresa la doctrina civilista que reconoce la existencia de este deber de cooperación. Ver: C. MASSIMO BIANCA; *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, en: *Riv. dir. civ.*, parte I, 1983 pp. 205 ss.; ADOLFO DI MAJO; *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, comentario a Cass. Civ., sez. III, 9 marzo 1991, n.º 2503, en: *Il corriere giuridico*, 7, 1991, pp. 789 ss.; Id. *La buona fede nel contratto*, en: *Il corriere giuridico*, 3, 2002, pp. 332 ss.

¹⁷ 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".

Desde el punto de vista del deudor, esta imposición de cooperación se refiere al principio de la correcta y leal ejecución del contrato¹⁸, *ex fide bona*, que 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 prestación¹⁹.

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 fe²⁰. 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 fe²¹. Esta concepción se positivó en el Código civil italiano de 1942, art. 1175²², 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 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 obligatoria²³. Así, en virtud del 'deber de cooperación' se imponen al acreedor deberes de

¹⁸ Cfr. YVES PICOD; *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, cit., p. 104; JOSÉ LUIS GIL Y GIL; *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, cit., p. 224.

¹⁹ En este sentido EMILIO BETTI; *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 103.

²⁰ Cfr. LAMARCA MARQUÉS; *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit., p. 31; YVES PICOD; *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; GIOVANNI MARIA UDA; *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 314.

²¹ 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 extensible 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 KARL LARENZ; *Derecho de obligaciones*, cit. pp. 142 ss.

²² 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 (aún cuando no exclusivamente), en deberes negativos, principalmente en el deber de abstenerse de una ingerencia incorrecta, perjudicial para la otra parte [...]". Cfr. EMILIO BETTI; *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 81.

²³ Véase ADOLFO DI MAJO; *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, cit. p. 789

información; deberes de gestión de los bienes del deudor, cuando estos 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 contrato²⁴.

3.1 El Deber 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 tu que era ajena; dice Labeon, que el dueño puede ejercitar contra ti la condición por el trigo; y para que haga esto, ejercerá el colono contra el dueño la acción de conducción].

En este pasaje Labeón "presenta el caso de un colono que se deja llevar (*tolli*) 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*"²⁵, a fin que luego le traslade la indemnización obtenida del recolector²⁶. 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 estos 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 mandato²⁷ en D.17.1.27.2:

ss.; ANTONIO PALMA; *Violazione del criterio della buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistici*, cit., pp. 42 ss.

²⁴ Véase el texto comentado la Convención en: ENRIQUE PAILLAS PEÑA; *La compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena. Notas sobre arbitraje comercial internacional y Ley 19.971*, Santiago: Jurídica de Chile, 2006.

²⁵ Cfr. ALVARO D'ORS; "Messis in spicis", en: SDHI, 58, 1992, p. 284.

²⁶ Cfr. ALVARO D'ORS; "Messis in spicis", en: SDHI, 58, 1992, p. 284.

²⁷ Pongamos de manifiesto que es precisamente con relación al contrato de mandato que

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 Ulpiano, citando a Labeón, y se encuentra en materia de arrendamiento en D.19.2.13.7²⁸:

Ulpianus 32 ad ed. "Exercitu veniente migravit conductor, dein de hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt. si domino non denuntiavit et migravit, ex locato tenebitur: Labeo autem, si resistere potuit et non resistit, teneri ait, quae sententia vera est. sed et si denuntiare 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 derivan para el acreedor, es decir, en virtud del evento se extingue

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 de hacer respecto del otro conforme a la lealtad recíproca. (Traducción castellana de FRANCISCO SAMPER; *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. LOURDES SALOMÓN SANCHO; *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.

²⁸ "Per ULPIANO, se la *migratio* debe considerarsi legittima, ciò non esclude l'obbligazione del conduttore di *denuntiare* al *dominus* sia l'avvicinamento dell'esercito, sia il suo prossimo abbandono della *res locata*". (Cfr. RICCARDO CARDILLI; *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. a. C. – II sec. d. C.), Milano: Giuffrè, 1995, pp. 350 ss.) En este mismo sentido VOCI y LUZZATTO, para quienes se trataría de una especificación del *custodiam praestare* del locatario, introducida por ULPIANO con base en la buena fe objetiva que rige la relación contractual. Cfr. PASQUALE VOCI; '*Diligentia*', '*custodia*', '*culpa*', en: SDHI, 46, 1990, p. 80; GIUSEPPE IGNAZIO LUZZATTO; *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I La responsabilità per custodia*, Milano: Giuffrè, 1938, p. 213.

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 DOMAT²⁹ que en POTHIER³⁰. No obstante esto, ella fue preterida en la codificación francesa y en los demás códigos civiles³¹. Modernamente ha sido recogida por algunos ordenamientos de unificación del derecho privado que la establecen expresamente³². 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 que en Derecho moderno, en virtud de la cual, aún cuando desaparezca el deber primario de prestación, si quedan en pie otros intereses involucrados en el contrato, estos deben ser actuados por las partes³³.

²⁹ 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 cambiamientos (el evento fortuito)". Cfr. JEAN DOMAT; *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, parte I, vol. II, lib. III, tit. V, p. 352.

³⁰ 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. ROBERT JOSEPH POTHIER; *Tratado de las obligaciones*, traducción castellana de GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, 2.^a ed., Buenos Aires: Heliasta, 2007, p. 82.

³¹ Una disposición parecida contiene el C.com. español, art. 306 inc. 2.º, 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 FRANCISCO JORDANO FRAGA; *La responsabilidad contractual*, Madrid: Civitas, 1987, p. 139.

³² 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.

³³ En este sentido, expresamente, ADOLFO DI MAJO; *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. KARL LARENZ; *Derecho de obligaciones*, cit. p. 38.

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 acreedor³⁴. A su vez, esta concurrencia puede ser dividida en: concurso preliminar, concurso integrador y concurso sucesivo al cumplimiento³⁵:

– *Concurso preliminar*: se trata de la actividad requerida a fin de 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 paraliza³⁶.

– *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 deudor³⁷, 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 negarse a cooperar y no por ello el cumplimiento será más o menos perfecto³⁸. 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 cumplimiento³⁹.

³⁴ Cfr. EMILIO BETTI; *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 81; DÉMÈTRE J. BARONCEA; *Essai sur la faute et le fait du créancier...*, cit., p. 90 ss.; RENÉ DEMOGUE; *Traité des obligations en général...*, cit., pp. 20 ss.; PIETRO RESCIGNO; *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli: Jovene, 1950, p. 138; GIOVANNI GIACOBBE; voz *Mora del creditore* (dir. civ.), en: Enciclopedia del diritto, vol. XXVI, p. 947 ss.; LUIGI BELLINI; *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione*, en: Riv. dir. civ., 1921, pp. 27 ss.; ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ; *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Madrid: Montecorvo, 1988, pp. 72 ss.; LAMARCA MARQUÉS; *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit., p. 48; RENE ABELIUK MANASEVICH; *Las obligaciones*, tomo II, 2.ª, ed., Santiago: Jurídica de Chile, 2001, p. 779.

³⁵ Cfr. PIETRO RESCIGNO; *Incapacità naturale e adempimento*, cit., p. 138; GIORGIO GHEZZI; *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, 1965, pp. 27 ss. Otra forma de división nos presenta 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 al 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 ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ; *Las cargas del acreedor en el derecho civil y comercial*, cit., pp. 207 ss.

³⁶ Cfr. PIETRO RESCIGNO; *Incapacità naturale e adempimento*, cit., p. 139.

³⁷ Cfr. PIETRO RESCIGNO; *Incapacità naturale e adempimento*, cit., p. 140.

³⁸ Cfr. PIETRO RESCIGNO; *Incapacità naturale e adempimento*, cit., p. 140.

³⁹ Cfr. LAMARCA MARQUÉS; *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit., p. 53.

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 la naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor al cumplimiento⁴⁰. 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 intermedio⁴¹. 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 WINDSCHEID⁴². 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

⁴⁰ Para un resumen del estado de la cuestión hasta los años 30. Véase: DÉMÈTRE J. BARONCEA; *Essai sur la faute et le fait du créancier...*, cit., pp. 127 ss.

⁴¹ DÉMÈTRE J. BARONCEA; *Essai sur la faute et le fait du créancier...*, cit., pp. 133 ss.

⁴² Cfr. BERNARDO WINDSCHEID; *Diritto delle pandette*, trad. italiana de CARLO FADDA y PAOLO BENZA, vol. II, parte 1.ª, Torino: UTE, 1904, pp. 336, 337 n.º 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 culpa⁴³.

A pesar de haber sido abandonada por la doctrina alemana⁴⁴, 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, aún cuando de diferente naturaleza y con diversa intensidad⁴⁵. Por tanto, la cooperación del acreedor constituye una 'obligación' para el acreedor derivada, no de la buena fe, sino de la misma relación obligatoria⁴⁶, 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 stati percepiti 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 sobrevenida 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.

⁴³ Cabe precisar que no toda la pandectística está concorde con esta opinión, así GLUCK, 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.

⁴⁴ 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. ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., p. 89.

⁴⁵ ANGELO FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 57

⁴⁶ 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. ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., pp. 93 ss.

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 cooperación⁴⁷. Especificando, en todo caso, que se trata de relaciones complementarias, una fundamental y la otra accesoria⁴⁸. 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 realice⁴⁹.

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 prolongando su situación de deudor⁵⁰. 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 contractual⁵¹, como efectivamente impondría el inciso segundo del artículo 1207, que pone a cargo del acreedor moroso una obligación de resarcimiento en beneficio del deudor⁵².

En virtud de dicha disposición, los autores concluyen que la mora *creditoris* no es otra cosa que una *mora debendi*⁵³, 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

⁴⁷ ANGELO FALZEA; *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 78.

⁴⁸ ANGELO FALZEA; *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 79.

⁴⁹ ANGELO FALZEA; *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., pp. 80 ss.

⁵⁰ ANGELO FALZEA; *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 55.

⁵¹ PIETRO PERLINGIERI; *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 49.

⁵² 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.

⁵³ RUBINO, citado por: GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano: Giuffrè, 1964, p. 46.

privado⁵⁴; 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 funciones⁵⁵.

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 deudor⁵⁶, 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"⁵⁷. En el ordenamiento jurídico argentino esta idea viene dada desde antiguo, toda vez que en la nota al artículo 509 del Código civil⁵⁸, que regula la mora del deudor, VELEZ SANSFIELD habla expresamente de la 'culpa' del acreedor moroso⁵⁹. Como corolario de lo anterior, la doctrina impone al acreedor la obligación de resarcimiento en los mismos términos que al deudor⁶⁰, aplicando los mismos 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"⁶¹. 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 (...)"⁶².

⁵⁴ GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 48.

⁵⁵ FALZEA, Angelo; *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 384.

⁵⁶ Cfr. JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS; *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, tomo 1, 2.ª ed., Buenos Aires: Perrot, 1973, p. 174.

⁵⁷ Cfr. JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS; *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit., p. 79. Véase jurisprudencia citada en la nota 11 de la misma página.

⁵⁸ 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: SABRINA LANNI; *Le notas del codice di Vélez Sansfield*, en: Roma e America, 23, 2007, pp. 69 ss.

⁵⁹ Al efecto sostiene: "El acreedor se encuentra en mora toda vez que un 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.

⁶⁰ Cfr. JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS; *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit., p. 176.

⁶¹ Cfr. JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS; *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit., p. 183.

⁶² En las notas de VÉLEZ podemos ver claramente que el artífice original de esta solución

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 sin prestación', y como tal se encuentra al confín entre responsabilidad contractual y extracontractual⁶³.

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 pago⁶⁴. 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 cumplimiento⁶⁵.

En este sentido se pronunció también el Consejo de Estado italiano, en sesión del 10 de Enero de 2003, Sentencia n.º 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

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. RICARDO LUIS LORENZETTI; *Tratado de los contratos*, tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 294.

⁶³ GIOVANNI D'AMICO; *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: CARLO CASTRONOVO; *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, pp. 147 ss.

⁶⁴ Cfr. JUDITH MARTINS-COSTA; *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. ROBERT VOULIN; *La bonne foi. Notion et rôle actuels em droit privé français*, Paris: Librairie générale de droit & jurisprudence, 1939, p. 137.

⁶⁵ RICARDO LORENZETTI; *Tratado de los contratos. Parte general*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 393, n.º 43.

el comportamiento integral de las partes de acuerdo a la buena fe, constituye 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 prestarla⁶⁶. En este sentido se dice que el deudor es portador de un interés a 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 deudor⁶⁷.

Calificar la cooperación del acreedor como 'deber secundario de conducta' que pesa sobre el acreedor implica que el deudor tendrá derecho a obtener esta cooperación⁶⁸, 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 oneroso⁶⁹.

5.3 La cooperación al cumplimiento como facultad del acreedor

Esta perspectiva nos presenta la cooperación del acreedor como algo 'puramente facultativo'⁷⁰, para llegar a tal razonamiento parte por criticar los llamados 'deberes secundarios de conducta'⁷¹ que impondrían al acreedor los deberes de: a) no agravar la posición del deudor; b) no obstaculizar o impedir el cumplimiento;

⁶⁶ En este sentido LUÍS PASCUAL ESTEVEILL, *La responsabilidad contractual*, tomo II vol. 1. *Parte especial*, Barcelona: Bosch, 1989, p. 110 ss.; GIOVANNI MARIA UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., pp. 355 ss.

⁶⁷ Cfr. GIOVANNI MARIA UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 364.

⁶⁸ "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. GIOVANNI MARIA UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., pp. 246-247.

⁶⁹ 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. C. MASSIMO BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, 2.^a ed., Milano: Giuffrè, 2000, p. 505.

⁷⁰ UGO NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Tomo I: Il comportamento del creditore*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 48.

⁷¹ Una dura crítica a la existencia de estos deberes realiza LINA BIGLIAZZI GERI, en: voz *Buona fede nel diritto civile*, en: *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. II, p. 170.

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 deudor⁷². 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 pasivo⁷³.

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 acreedor⁷⁴. 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 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 sobrevenida⁷⁵. En definitiva, afirman estos autores, dado que el crédito tiene el carácter de derecho subjetivo, su ejercicio depende exclusivamente de la voluntad del acreedor.

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'⁷⁶ a ser liberado del vínculo obligatorio⁷⁷, que le proporciona la posibilidad de desobligarse aún contra la voluntad del acreedor⁷⁸. En todo caso, aseveran, la existencia de tal derecho no implica colo-

⁷² UGO NATOLI; *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 50 ss.; BIGLIAZZI GERI, Lina; voz *Buona fede nel diritto civile*, cit., pp. 170 ss.

⁷³ UGO NATOLI; *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 55.

⁷⁴ UGO NATOLI; *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 49.

⁷⁵ UGO NATOLI; *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.

⁷⁶ "I 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).

⁷⁷ NATOLI, Ugo; *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 64.

⁷⁸ 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".

car 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 acreedor⁷⁹, 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 derecho⁸⁰. En conclusión, el deudor tendría siempre derecho a liberarse, pero no podría constreñir al acreedor a recibir la prestación, una cosa es el interés de ser liberado del vínculo obligatorio, y otra, el interés de liberarse mediante la efectiva ejecución de la prestación; la ley protegería sólo el primero, quedando la protección del segundo limitada a los casos en que las partes lo hayan expresamente establecido⁸¹.

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 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 necesarios⁸². 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 de ser liberado de la obligación, podrán también considerarse elementos de carácter subjetivo, 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"⁸³. 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.

⁷⁹ NATOLI, Ugo; *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 64.

⁸⁰ NATOLI, Ugo; *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 49.

⁸¹ NATOLI, Ugo; *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 65.

⁸² UGO NATOLI; *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 65.

⁸³ UGO NATOLI; *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 72.

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 obligatoria⁸⁴.

5.4 La cooperación al cumplimiento como carga sobre el acreedor

Por último, un sector de la doctrina que hoy podemos llamar mayoritaria⁸⁵, sostiene que el acreedor no es deudor de la cooperación al 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'⁸⁶, fuera de este campo puede hablarse, a lo más, de una 'carga' para el acreedor⁸⁷. 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 el del deudor sin alterar el esquema de la obligación como instrumento para la satisfacción del interés crediticio⁸⁸.

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' (al mismo modo que aquellas derivadas de contrato principal) y que entre la oferta real y la ejecución forzada ya no existiría ninguna distinción⁸⁹.

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 técnico⁹⁰. 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.

⁸⁴ UGO NATOLI; *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 72.

⁸⁵ Para todos ver ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ; *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., pp. 91 ss.; LAMARCA MARQUÉS; *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit.; FERNANDO HINESTROSA; *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 556.

⁸⁶ GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 47.

⁸⁷ Cfr. ARTURO ALESSANDRI, MANUEL SOMARRIVA y ANTONIO VODANOVIC; *Tratado de las obligaciones. Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 2.ª ed., Santiago: Jurídica de Chile, 2004, p. 305. A esta noción recurren numerosos autores de la doctrina alemana moderna, y sería aquella consagrada en el Código de las obligaciones suizo. Cfr. ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ; *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., pp. 91 ss.

⁸⁸ C. MASSIMO BIANCA; *L'obbligazione*, reimpresión actualizada, Milano: Giuffrè, 2005, p. 375.

⁸⁹ Véase GEREMIA ROMANO; *Interessi del debitore e adempimento*, cit., p. 210.

⁹⁰ GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 48; ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ; *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., pp. 119 ss.

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 contraparte⁹¹. En 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 crédito⁹².

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 retraso⁹³.

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 prestación⁹⁴.

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 carga⁹⁵. Esta concepción está consagrada en el BCB, § 304, según el cual el deudor puede exigir el resarcimiento de los mayores gastos que él mismo ha debido hacer por el ofrecimiento infructuoso, como también por la custodia y conservación del objeto debido⁹⁶. Para explicar el significado del parágrafo 304 del BCB algunos autores afirman que, a los efectos de la aplicación de este precepto, deben tenerse en cuenta los gastos de almacenaje, primas de seguros, gastos de asistencia y alimentación de ganados; pero no ganancias dejadas de obtener por el deudor –como, por ejemplo, el arren-

⁹¹ GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 49.

⁹² GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 50.

⁹³ VER ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ; *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., p. 92.

⁹⁴ GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 58.

⁹⁵ ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ; *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.

⁹⁶ Cfr. ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ; *Las cargas del acreedor en el derecho civil y comercial*, cit., p. 185.

damiento que en otro caso hubiese podido concertar de los locales que necesitó para la conservación de la cosa— ya que estos son ‘daños’, pero no ‘gastos’^{97, 98}.

La misma concepción contenida en el BCB 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 en que se contenga lo vendido, (...)”⁹⁹.

En las notas de BELLO a este artículo cita como referente la P.5ª, tit. 5, 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 de donde sacó la parte que a nosotros interesa¹⁰⁰. 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”¹⁰¹.

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 deudor¹⁰², sin distinciones de ningún tipo. Pero debemos reconocer

⁹⁷ Cfr. ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y comercial*, cit., p. 186.

⁹⁸ 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: LUIGI LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova: CEDAM, 2007; CARLO ROSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto della giurisprudenza*, en: *Contratto e impresa*, 1996, p. 653; FRANCESCO BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, en: *Riv. trim. proc. civ.*, 1960, pp. 1342 ss.; CARLO – WILHELM CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, en: *Jus*, 1976, pp. 123 ss.; CLAUD CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, en: *Riv. critica dir. priv.*, 1983, pp. 793 ss.; LUIGI MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, en: *Riv. critica dir. priv.*, 1984, pp. 507 ss.; CARLO CASTRONOVO, voz *Obblighi di protezione*, en: *Enciclopedia giuridica*, Treccani, vol. XXI, 1990.

⁹⁹ La misma idea se desprende del artículo 1604, que dice: “Las expensas de toda oferta y consignación válidas serán a cargo del acreedor”.

¹⁰⁰ Véase P.5ª, tit. 5.º, 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 MARTI DE EIXALA, JOSÉ FERRER Y SUBINA, tomo II, Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes, 1843, p. 82.

¹⁰¹ Cfr. ROBERT JOSEPH POTHIER, *Tratado de los contratos. Tomo I. Tratado de contrato de venta*, cit., p. 151.

¹⁰² Cfr. ALFREDO BARROS ERRAZURIS, *Curso de Derecho civil*, Santiago: Editorial Nacimiento, 1932, p. 75; RENE ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, cit., p. 782; ARTURO ALESSANDRI, MANUEL

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 respecto¹⁰³.

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 gastos¹⁰⁴, sino también las ganancias que el deudor no puede obtener por el hecho de tener que continuar a cumplir después de la constitución en mora¹⁰⁵; 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 aquellos consistentes en la pérdida de aquellas ventajas de otro género que el deudor, ejecutando la prestación habría podido obtener, es decir, se limita al "interés negativo"¹⁰⁶. 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 satisfacer¹⁰⁷. 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 culpa¹⁰⁸.

SOMARRIVA, ANTONIO VODANOVIC; *Tratado de las obligaciones. Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, cit., p. 311.

¹⁰³ 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 FERNANDO FUEYO LANERI; *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed., actualizada por GONZALO FIGUEROA YAÑEZ, Santiago: Jurídica de Chile, 2004, pp. 453 ss. Similarmente ARTURO ALESSANDRI, MANUEL SOMARRIVA, MANUEL VODANOVIC; *Tratado de las obligaciones...*, cit., pp. 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".

¹⁰⁴ Sobre las características que deben cumplir los gastos para ser reembolsados, véase GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., pp. 96 ss.

¹⁰⁵ GIOVANNI CATTANEO; *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.

¹⁰⁶ Cfr. GIOVANNI CATTANEO; *Della mora del creditore*, cit., pp. 120 ss.

¹⁰⁷ GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 50.

¹⁰⁸ GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 57. En el sentido que

En conclusión, para los sostenedores de esta teoría, la cooperación es vista por el ordenamiento como un medio para proteger el interés del mismo acreedor¹⁰⁹, siendo éste el único que debe soportar las consecuencias de su falta de cooperación, por tanto, no puede constituir sino una 'carga'¹¹⁰.

6. LA 'CARGA' AL INTERIOR DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA: LA NOCIÓN DE CARGA POR OPOSICIÓN A AQUELLA 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' (comprendido 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 una 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 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 jurídica¹¹¹. 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*)"¹¹². 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

la *mora creditoris* no necesita de la culpa, pero que no obstante ello constituye igualmente un 'deber secundario de conducta', véase GIOVANNI GIACOBBE; voz *Mora del creditore* (dir. civ.) en: Enciclopedia del diritto, vol. XXVI, pp. 962 ss.

¹⁰⁹ GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 58.

¹¹⁰ GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., 1964, p. 60.

¹¹¹ Cfr. HANS Kelsen; *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. italiana de SERGIO COTTA y GIUSEPPINO TREVES, 6.ª ed., 1994, reimpresión, Milano: ETAS, 2000, p. 59. Véanse también: ANDREAS VON TUHR; *Parte general del derecho civil*, trad. castellana de WENCESLAO ROCES, San José de Costa Rica: Ediciones Juricentro, 1977, p. 19; EMILIO BETTI; *Diritto romano*, vol. I. *Parte generale*, Padova: CEDAM, 1935, pp. 406 ss.

¹¹² Cfr. ANTONIO PALERMO; voz *Obbligo giuridico*, en: *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, p. 704.

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 jurídico¹¹³.

A 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, confiando al ofendido el poder de obtener la reparación o la represión y poniendo al culpable en la necesidad de sufrir un perjuicio correspondiente"¹¹⁴. Desde el punto de vista del sujeto que viola la norma la sanción se traduce en responsabilidad¹¹⁵, que se define como "la 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 cargo"¹¹⁶. 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 causados¹¹⁷.

Lo dicho hasta aquí se refiere a la violación de un deber propiamente tal, veamos ahora la 'carga'. Este término corresponde en español al concepto de '*oneré*' en italiano¹¹⁸, a su vez, este último proviene del latín *onus*¹¹⁹, que se ha conservado en el idioma portugués con la misma grafía: '*onus*'¹²⁰, y que se ha generalizado en derecho procesal con la clásica locución '*onus probandi*', literalmente: 'carga de la prueba'¹²¹. En efecto, la precisa delineación del concepto de carga por parte de la

¹¹³ ANTONIO PALERMO; voz *Obbligo giuridico*, cit., p. 704. EMILIO

¹¹⁴ Cfr. BETTI; *Diritto romano*, cit., p. 412.

¹¹⁵ Cfr. ARTURO ALESSANDRI, MANUEL SOMARRIVA y ANTONIO VODANOVIC; *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, 7.ª ed., Santiago: Jurídica de Chile, 1998, p. 301.

¹¹⁶ Cfr. EMILIO BETTI; *Diritto romano*, cit., p. 413.

¹¹⁷ Cfr. ARTURO ALESSANDRI, MANUEL SOMARRIVA y ANTONIO VODANOVIC; *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, cit., p. 161; EMILIO BETTI; *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 *poena*, 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'.

¹¹⁸ Cfr. SEBASTIÁN CARBONELL; *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.

¹¹⁹ Cfr. MANLIO CORTELAZZO; PAOLO ZOLLI; *Dizionario etimologico della lingua italiana*, reimpresión de la 1.ª ed. de 1985, Bologna: Zanichelli, 1999, p. 833.

¹²⁰ Cfr. SPINELLI, Vincenzo; CASASANTA, Mario; *Dizionario completo italiano-portoghese (brasiliano)*, parte 1.ª, Milan: Hoepli, 1983, p. 491.

¹²¹ Cfr. LORENZO CARNELLI; voz *Carga*, en: Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo II, p. 708 En

ciencia jurídica se debe especialmente a los estudiosos del derecho procesal civil¹²². 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', estos 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'¹²³. En este sentido, nos dice BETTI, habría que distinguir entre el hecho 'ilícito' y aquel 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 legal¹²⁴.

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'¹²⁵. 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 dirigida¹²⁶. 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 no¹²⁷. En esta segunda hipótesis,

este mismo sentido: GIAN ANTONIO MICHELI, *L'onere della prova*, Padova: CEDAM, 1942, pp. 67 ss.

¹²² ANTONIO PALERMO; voz *Onere*, en: *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, p. 916; PAOLA GELATO; voz *Onere*, en: *Digesto delle discipline privatistiche*, XIII, p. 62.

¹²³ Véase FRANCESCO CARNELUTTI; *Teoria generale del diritto*, 3.ª ed., Roma: Foro Italiano, 1951, p. 160. Tal 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'ineluttabile. (...). La esecuzione e non la pena toglie alla volontà dell'obbligato ogni possibilità di evitare quel sacrificio, che il diritto pretende da lui. Perciò man mano che si passa dell'esecuzione alla pena si degrada anche della figura dell'obbligo alla figura del *onere*". Cfr. FRANCESCO CARNELUTTI; *Negozio giuridico, atto illecito, atto dovuto*, en: *Riv. Dir. Comm.*, vol. XXI, 1923, Parte I, p. 354.

¹²⁴ Cfr. EMILIO BETTI; *Diritto romano*, cit., p. 410.

¹²⁵ Cfr. OBERDAM TOMMASO SCOZZAFAVA; voz *Onere* (nozione) en: *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, p. 102; EMILIO BETTI; *Diritto romano*, vol. I. *Parte generale*, Padova: CEDAM, 1935, pp. 412 ss.; VINCENZO DURANTE; voz *Onere*, en: *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. XXI, p. 3.

¹²⁶ ANTONIO PALERMO; voz *Onere*, cit., p. 916; VINCENZO DURANTE; voz *Onere*, cit., p. 1; OBERDAM TOMMASO SCOZZAFAVA; voz *Onere* (nozione), cit., 102; ARTURO ALESSANDRI, MANUEL SMARRIVA, ANTONIO VODANOVIC; *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, cit., p. 301.

¹²⁷ Cfr. EMILIO BETTI; *Diritto romano*, cit., p. 410; PAOLA GELATO; voz *Onere*, en: *Digesto delle*

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 mismo¹²⁸, esta última característica distingue la carga de la 'mera facultad'.

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'¹²⁹, 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"¹³⁰. Por tanto, la coactividad de la carga es limitada, pero existe, ella consiste en la 'auto-responsabilidad'¹³¹, que "significa que el sujeto debe reparar, a lo más, por sí mismo, las consecuencias dañinas, que un acto propio ocasiona en su patrimonio"¹³², 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 cargas¹³³. 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 gravado¹³⁴.

discipline privatistiche, XIII, p. 62; PALERMO, Antonio; voz *Onere*, cit., p. 917.

¹²⁸ ANTONIO PALERMO; voz *Onere*, cit., p. 917; EMILIO BETTI; *Diritto romano*, cit., p. 410.

¹²⁹ Véase GIACOMO GAVAZZI; *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, reimpresión de la 1.ª ed., Torino: Giapichelli, 1985.

¹³⁰ Cfr. LORENZO CARNELLI; voz *Carga*, en: Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo II, p. 708 En este mismo sentido: GIAN ANTONIO MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 67 ss.

¹³¹ "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 autoresponsabilità". Cfr. GIAN ANTONIO MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 67.

¹³² Cfr. SALVATORE PUGLIATTI; voz *Autoresponsabilità*, en: Enciclopedia del diritto, vol. IV, pp. 452 ss.; OBERDAM TOMMASO SCOZZAFAVA; voz *Onere* (nozione), cit., pp. 99 ss.; EMILIO BETTI; *Diritto romano*, cit., pp. 410-411; ERNESTO SICO; *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, pp. 283 ss.; ALBERT LAMARCA MARQUÉS; *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit., p. 39.

¹³³ Al respecto, véase ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ; *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., pp. 50 ss.

¹³⁴ 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

En cuanto al origen de las cargas en la relación obligatoria, la doctrina 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 adhesión¹³⁵.

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 inexecución 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 auto-responsabilidad. 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*'¹³⁶, institución que los romanos individuaban con la frase "*si per creditorem steterit quo minus accipiat*"¹³⁷ (si del acreedor dependiera que no reciba). Con estas palabras, y otras similares, los juristas romanos individualizaban una serie de casos en que la imposibilidad de pagar tenía su origen en la 'esfera de control' del acreedor, sea

trata de una carga. Cfr. ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ; *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., pp. 50 ss.

¹³⁵ ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ; *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, cit., p. 62.

¹³⁶ DÉMÈTRE J. BARONCEA; *Essai sur la faute et le fait du créancier...*, cit., p. 14.

¹³⁷ Cfr. D.17.1.37; D.18.6.5; D.19.1.38.1; D.46.3.9.1; C.4.32.19.

porque éste se refutaba a recibir el pago¹³⁸, o porque el deudor ignoraba quien era verdaderamente el acreedor¹³⁹, o porque no podía recibir, por ejemplo, por ser menor de edad¹⁴⁰; en definitiva, el caso concreto que conllevaba a la mora era considerado desde punto de vista puramente objetivo¹⁴¹, siendo indiferente que el acreedor fuera culpable o no de rehusar su cooperación¹⁴². En este sentido una de las primeras preocupaciones en surgir es la 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 intereses¹⁴³, D.22.1.7:

Papinianus 2 resp. "Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisse, 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

¹³⁸ D.18.6.17.

¹³⁹ D.16.3.1.36-37; D.22.1.18.1.

¹⁴⁰ D.4.4.7.2; D.17.1.56.1.

¹⁴¹ Cfr. CARLO AUGUSTO CANNATA; voz *Mora* (storia), en: Enciclopedia del diritto, vol. 26, p. 927.

¹⁴² Cfr. MAX KASER; *Derecho romano privado*, trad. castellana de JOSÉ SANTA CRUZ TEJERO, 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. BERNARDO WINDSCHEID; *Diritto delle pandette*, cit., pp. 336-337 n.º 10.

¹⁴³ 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 RAMÓN HERRERA BRAVO; *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. ROBERTO DE RUGGIERO; *Note sul cosiddetto deposito pubblico o giudiziale in diritto romano*, en: St. Cagliari 1, 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. LUCIO BOVE; *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, LABEO 1, 1955, pp. 173 ss.; REINHARD ZIMMERMANN; *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, South Africa - Deventer (Boston): Juta & Co. - Kluwer, 1992, p. 821; ELENA QUINTANA ORIVE; *Observaciones sobre el depósito de la cosa debida en caso de mora*, en: RIDA, 3.ª serie, tomo 46, 1999, p. 448). Por nuestra parte, consideramos que, cuándo menos hasta al 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 estuviese ya extinguida.

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 dolo¹⁴⁴, 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 (...)]¹⁴⁵.

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).9¹⁴⁶:

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 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 protegido¹⁴⁷. Pero, qué pasaba en aquellos casos en que tal solución no era viable, o

¹⁴⁴ Véase CARLO AUGUSTO CANNATA; voz *Mora* (storia), cit., p. 928. Este autor sostiene que éste sería el ‘efecto normal’ de la *mora creditoris*.

¹⁴⁵ En el mismo sentido podemos ver *Marcellus 20 Dig.*, D.46.3.72pr.

¹⁴⁶ 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. BERNARDO WINDSCHEID; *Diritto delle pandette*, cit., p. 341 n.º 2.

¹⁴⁷ En este sentido nos dice KASER: “El acreedor puede perjudicar su propio crédito impidiendo por causa a él imputable e 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”. MAX KASER; *Derecho romano privado*, cit., pp. 173-174.

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 Roma¹⁴⁸. Ella, según se desprende de las fuentes¹⁴⁹, podía ser hecha a granel ('*Dolia, hence vinum doliare*')¹⁵⁰ o envasado ('*Vinum amphorarium*')¹⁵¹. Cuando se trataba de la venta a granel se debía proceder a la medida del vino y, hasta que ésta se efectuara, el vendedor respondía por 'custodia'¹⁵²: D.18.6.1.1¹⁵³, D.18.6.2.1¹⁵⁴. Por el contrario, cuando se trataba de venta en vasijas, al vendedor correspondía la 'custodia' del vino hasta la entrega del mismo¹⁵⁵, 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 custodiar¹⁵⁶.

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 dolo¹⁵⁷, D.18.6.5:

¹⁴⁸ 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. ELENA QUINTANA ORIVE; *Observaciones sobre el depósito de la cosa debida en caso de mora*, cit. p. 428.

¹⁴⁹ Para todas ver: MARÍA M. BENÍTEZ LÓPEZ; *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Madrid: Dickinson, 1994.

¹⁵⁰ En este caso se trataba, por lo general, del vino nuevo que estaba en las tinajas del agricultor todavía en proceso de fermentación. Cfr. REINHARD ZIMMERMANN; *The law of obligation*, cit. p. 284.

¹⁵¹ En este caso se trataba del vino ya fermentado y de mejor calidad. Cfr. REINHARD ZIMMERMANN; *The law of obligations*, cit., p. 285.

¹⁵² Cfr. VINCENZO ARANGIO-RUIZ; *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., pp. 73 ss. REINHARD ZIMMERMANN; *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. ANTONIO GUARINO; *Diritto privato romano*, 12.ª ed., Napoli: Jovene, 2001, p. 1014.

¹⁵³ 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 de la celebración del contrato. Cfr. REINHARD ZIMMERMANN; *The law of obligations*, cit., pp. 285 ss.

¹⁵⁴ Ver la exégesis del pasaje que lleva a determinar que el jurista hacía un uso técnico de la expresión custodia, en: VINCENZO ARANGIO-RUIZ; *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., pp. 73 ss.

¹⁵⁵ Cfr. BRUCE W. FRIER; *Roman law and the wine trade: the problem of 'vinegar sold as wine'*, en: ZSSR, 100, 1983, p. 281.

¹⁵⁶ Cfr. BRUCE W. FRIER; *Roman law and the wine trade*, cit., p. 290.

¹⁵⁷ Cfr. MARÍA M. BENÍTEZ LÓPEZ; *La venta de vino y otras mercancías*, cit. p. 151; Id; *La "traditio"*

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 admensum est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat". [Si hubiese consentido 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 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 mercadería¹⁵⁸. 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 reembolso¹⁵⁹.

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*"¹⁶⁰ 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 vierte, 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 debiendo el precio pactado¹⁶¹.

de mercancías, en: INDEX, 27, 1999, pp. 359 ss.

¹⁵⁸ MARÍA M. BENÍTEZ LÓPEZ; *La venta de vino y otras mercancías*, cit., p. 150.

¹⁵⁹ Crf. ALBERTO BURDESE; *Catone e la vendita di vino*, en: SDHI, LXVI, 2000, p. 275.

¹⁶⁰ Con respecto a este título véanse MARIO TALAMANCA; *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, en: *Seminarios complutenses de Derecho romano*, VII, 1995, pp. 217 ss. Véase también SARGENTI, Manlio; *Problemi della responsabilità contrattuale*, III, *Obbligazione di consegnare e 'periculum rei venditae'*, en: SDHI, 20, 1954, pp. 200 ss.; Id.; voz *Rischio*, en: *Enciclopedia del diritto*, vol. 41, pp. 1126 ss.

¹⁶¹ 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

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*¹⁶² de MARCO PORCIO CATÓN 'El viejo'¹⁶³, 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"¹⁶⁴. 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 evacuantur 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 apparet, 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) estaba dado para el vendedor agricultor¹⁶⁵, porque la tolerancia era mucho menor si se

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. ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ; *Las cargas del acreedor en el derecho civil y comercial*, cit., p. 218.

¹⁶² 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 MARIA TERESA SBLENDORIO CUGUSI, vol. I, Torino: UTET, 2001, p. 60, n.º 284.

¹⁶³ La doctrina nos cuenta que CATÓN fue un jurisconsulto e historiador, 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. RICCARDO ORESTANO; 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. MARIO BRETONE; *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli: E.S.I., p. 7; CARLO AUGUSTO CANNATA; *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, aún 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: RICCARDO CARDILLI; *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1995, pp. 63 ss.

¹⁶⁴ Cfr. *Opere di Marco di Marco Porcio Catone Censore*, cit., p. 245.

¹⁶⁵ 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

trataba de un vendedor negociante¹⁶⁶, 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 comprador¹⁶⁷. Por otro lado, la única finalidad del derrame del vino es permitir al vendedor liberarse de su obligación de entrega ante la inercia del comprador¹⁶⁸, 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 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*¹⁶⁹, contenido en D.18.6.1.3:

calendas del 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 di Marco Porcio Catone Censore*, cit., p. 245. Ver también: CARLO CASTELLO; *Nuovi spunti su problemi di storia, economia e diritto desunti da de agri cultura di Catone*, en: *Studi in memoria del Guido Donatuti*, vol. 1, Milano: Cisalpino – La Gogliardica, 1973, pp. 237 ss.

¹⁶⁶ Cfr. VINCENZO ARANGIO-RUIZ; *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 73.

¹⁶⁷ "...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. RICCARDO ASTOLFI; *I libri tres iuris civilis di Sabino*, 2ª ed., Padova: CEDAM, 2001, p. 123.

¹⁶⁸ Cfr. MARÍA M. BENÍTEZ LÓPEZ; *La venta de vino y otras mercancías*, cit. p. 151.

¹⁶⁹ Se trata del comentario de Ulpiano a '*Libri III iuris civilis*' de Sabino, el más antiguo manual de instrucción para estudiantes de derecho del que tengamos conocimiento, y que continuó siendo citado por los juristas durante todo el periodo clásico. En efecto, POMPONIO, PAULO

Ulpianus 28 ad Sab. "*Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum 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]¹⁷⁰.

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 advirtiendo 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

y ULPIANO le dedicaron extensos comentarios. Cfr. FRITZ SHULZ; *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze: Sansoni, 1968, pp. 277 ss.

¹⁷⁰ Dada la difícil inteligencia del pasaje, acompañamos también la versión en italiano: "Il venditore 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 do 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 consegne 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. SANDRO SCHIPANI (al cuidado de); *Iustiniani augusti digesta seu pandectae*, vol. III, Milano: Giuffrè, 2007, p. 385.

altruismo, agrega que si de ello se derivaron perjuicios, estos 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"¹⁷¹.

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 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 interpolada¹⁷², 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 el 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 está en 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 Roma¹⁷³. En efecto, la solución propuesta por los antiguos se ajustaba al carácter

¹⁷¹ En el mismo sentido ver: MARIO TALAMANCA; voz *Vendita* (dir. rom.), Enciclopedia del diritto, vol. 46, p. 437.

¹⁷² Cfr. Index Interpolationum, t. I, p. 330.

¹⁷³ 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

agrícola de la primitiva economía romana, 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 comercial¹⁷⁴, 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 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 comprador¹⁷⁵.

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 deber¹⁷⁶. 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

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, pp. 7 ss. Véase también: Fadda; *Istituti commerciali del diritto romano. Introduzione*. Con una nota de lectura de LUCIO BOVE, CARLO NAPOLI: Jovene, 1987; MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO; *El comercio los negocios y las finanzas en el mundo romano*, Madrid: Dykinson, 2001, pp. 16 ss.; MARIA M. BENITEZ LÓPEZ; *La venta de vino y otras mercancías*, cit., pp. 13 ss.; LAURA SOLIDORO; *Problemi di storia sociale nell'elaborazione giuridica romana*, 2ª ed., Napoli: Jovene, 1996, p. 17.

¹⁷⁴ Sabino, a quien consideramos pertenece la 'idea' contenida en el pasaje, vivió en el s. I d. C. (Cfr. RICCARDO ORESTANO; voz *Sabino Masurio*, en: *Novissimo digesto italiano*, vol XVI, p. 294), que, como vimos en la nota 145, corresponde un periodo de grande apogeo en la economía romana, caracterizado por un fuerte intercambio comercial.

¹⁷⁵ 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 cuando pueda hacerse sin perjuicio del vendedor para que sea mínimo el detrimento para el comprador". Cfr. JORGE ADAME GODARD; *Libro XVIII del Digesto. (Sobre la compraventa)*, México: UNAM, 1993, p. 77.

¹⁷⁶ Sobre "la reparación del daño como índice de existencia de una obligación", véase ANDREAS VON TUHR; *Parte general del derecho civil*, cit., p. 103.

vino, si así fuera podría continuar pensándose en una carga, salvo que el vendedor tiene derecho a "cuánto le importó que las tinajas estuvieran disponibles"¹⁷⁷, es decir, tiene derecho al interés positivo en la cooperación del comprador. Cabe señalar que esta es 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 vino¹⁷⁸.

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 compiladores¹⁷⁹, ya que en el periodo alto-post-clásico la obra de ULPIANO sufrió cambios radicales y esta revisión removió 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 estos 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 otro¹⁸⁰.

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 jurista¹⁸¹. En efecto, encontramos también un pasaje perteneciente a POMPONIO, precisamente de su obra *Comentarios a Sabino*¹⁸², donde, hablando del *Damnum Infectus*¹⁸³ realiza un razonamiento a contrario y establece

¹⁷⁷ En este sentido expresamente MARIO TALAMANCA; voz *Vendita*, cit., p. 437.

¹⁷⁸ ROBERT JOSEPH POTHIER; *Le pandette di Giustiniano riordinate da R. G. Potbier*, trad. italiana, vol. I, Venezia: Tipografía giustiniana di Antonio Bazzabini, 1841, p. 850.

¹⁷⁹ La doctrina retiene este pasaje fuertemente interpolado, sin que haya acuerdo en cuál sería la correcta reconstrucción. Cfr. *Index Interp.*, p. 380.

¹⁸⁰ Cfr. FRITZ SHULZ; *Storia della giurisprudenza romana*, cit., pp. 381 ss.

¹⁸¹ 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 de que el comprador le inferiría un castigo (entendemos corporal), si 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.

¹⁸² 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. FRITZ SHULZ; *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 376; véase también RICCARDO ORESTANO; voz *Pomponio Sesto*, en: *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, p. 271.

¹⁸³ Cfr. *Palingenesia*, vol. II, p. 128.

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 unas piedras precedentemente vendidas. Se debe tener 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 pago¹⁸⁴, 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"¹⁸⁵.

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 en la época de Sabino, y de Pomponio, no se conocía, lo cual vale sólo para la solución originaria pues, en la época de la Compilación el pago por consignación era una institución reconocida, los juristas la sancionan en un considerable número de pasajes¹⁸⁶. Cabe entonces 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 obligación¹⁸⁷. 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 todo 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

¹⁸⁴ Cfr. REINHARD ZIMMERMANN; *The law of obligations*, cit., p. 277; GIULIANO CERVENCA; *Contributo allo studio delle usurae c.d. legali nel diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1969, pp. 13 ss.

¹⁸⁵ Cfr. REINHARD ZIMMERMANN; *The law of obligations*, cit., p. 823.

¹⁸⁶ 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.

¹⁸⁷ Ver SIRO SOLAZZI; *L'estinzione delle obbligazioni nel diritto romano*, Napoli: Jovene, 1935 p. 143.

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 fides* 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, por lo demás, el deudor debía realizar todo aquello que pudiera ejecutar sin la cooperación del acreedor¹⁸⁸. En efecto, el *synallagma* contractual impone que, mientras el 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 desescombrar el fundo del vendedor, es decir, se trataría de una obligación contractual del comprador¹⁸⁹. 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.19.1.9¹⁹⁰. Nótese que reconoce que la obligación del

¹⁸⁸ Cfr. BERNARDO WINDSCHEID; *Diritto delle pandette*, cit., pp. 335 ss.; CARLO AUGUSTO CANNATA; *voz Mora (storia)*, cit., p. 927.

¹⁸⁹ Esta explicación se habría sido sostenida por primera vez por MOMMSEN. En este sentido ver: Cfr. C. MASSIMO BIANCA; *L'obbligazione*, cit., p. 381; GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 69. Aún cuando sin estar del todo convencido, la misma explicación encontramos en ZIMMERMANN (Cfr. REINHARD ZIMMERMANN; *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 como con la *actio venditi* el vendedor podía obtener "the co-operation of the purchaser in implementing the contract". (Cfr. *Idem*, p. 278).

¹⁹⁰ Cfr. BERNARDO WINDSCHEID; *Diritto delle pandette*, cit., p. 341 n.º 1.

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 comprador¹⁹¹. 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 y perjuicios que el vendedor haya sufrido desde el día en que tal notificación tuvo lugar, en concepto de gastos de almacenaje"¹⁹². 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 vasijas¹⁹³. 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 vendedor¹⁹⁴.

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

¹⁹¹ Cfr. ROBERT JOSEPH POTHIER; *Tratado de los contratos. Tomo 1. Tratado de contrato de venta*, trad. castellana bajo la dirección de M. DUPIN, Buenos Aires: Atalaya, 1954 p. 151.

¹⁹² Cfr. ROBERT JOSEPH POTHIER; *Tratado de los contratos. Tomo 1. Tratado de contrato de venta*, cit., p. 151.

¹⁹³ Cfr. ROBERT JOSEPH POTHIER; *Le pandette di Giustiniano*, cit., p. 850.

¹⁹⁴ Véase ROBERT JOSEPH POTHIER; *Le pandette di Giustiniano*, cit., pp. 849 ss. y 885; ROBERT JOSEPH POTHIER; *Tratado de los contratos. Tomo 1. Tratado de contrato de venta*, cit., p. 151.

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.

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 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 produzcan los efectos de la mora bastará 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 colaboración¹⁹⁵. 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 consecuencias¹⁹⁶. 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 está en relación con los intereses del deudor que cobran vigor en la relación obligatoria, al respecto puede hablarse: a) del interés a no ver agravada su posición, b) interés sobre la liberación de la obligación, c) interés sobre la contraprestación

¹⁹⁵ En este sentido GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 51.

¹⁹⁶ En una primera manifestación de nuestra opinión (Tesis de Master 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.

y d) para algunos, interés en el cumplimiento efectivo de la obligación¹⁹⁷. 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 en no ver agravada su posición y de ser liberado del vínculo obligatorio, hoy en día no hay mayores discusiones, ya que, por lo demás, son reconocidos desde antiguo con la institución de la '*mora creditoris*' y sus respectivas consecuencias¹⁹⁸. 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'¹⁹⁹.

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 este 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 que éste no forme parte de la relación obligatoria, es decir, sea 'externo' a la misma²⁰⁰; 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 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 en el 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

¹⁹⁷ GEREMIA ROMANO; *Interessi del debitore e adempimento*, cit., p. 146.

¹⁹⁸ Sobre este deber, véase DÉMÈTRE J. BARONCEA; *Essai sur la faute et le fait du créancier ...* cit., pp. 16 ss.

¹⁹⁹ "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.)". GIOVANNI D'AMICO; *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, cit., p. 66.

²⁰⁰ Ampliamente sobre la distinción entre interés interno y externo en la relación obligatoria, GIOVANNI MARIA UDA; *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., pp. 260 ss.

el acreedor²⁰¹. 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 en el 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 jurídica²⁰². En otra posición están aquellos que sostienen la existencia de un interés general del deudor por obtener la liberación del vínculo mediante la ejecución efectiva de la prestación²⁰³. 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 protección²⁰⁴. 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'²⁰⁵.

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 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, 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, 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

²⁰¹ GEREMIA ROMANO; *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.

²⁰² En este sentido, entre otros: GIORGIO GHEZZI; *La mora del creditore...*, cit., pp. 98 ss.; GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 47; UGO NATOLI; *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 69; C. MASSIMO BIANCA; *L'obbligazione*, cit., p. 381.

²⁰³ GIOVANNI D'AMICO; *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, cit. p. 79.

²⁰⁴ GEREMIA ROMANO; *Interessi del debitore e adempimento*, cit., p. 244.

²⁰⁵ GIOVANNI D'AMICO; *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, cit. p. 68.

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 acreedor²⁰⁶.

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 ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente 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 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 (la cursiva es nuestra)"²⁰⁷.

En consecuencia, será la aplicación de la buena fe objetiva lo que 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'.

²⁰⁶ En este mismo sentido: LAMARCA MARQUÉS; *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, cit., p. 72; GIOVANNI MARIA UDA; *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., pp. 312 ss.

²⁰⁷ Cfr. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO; *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, pp. 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, pp. 77-94. En términos similares HERNÁN CORRAL TALCIANI; *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; JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA; *Los contratos*, vol II, 4.ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 404; RICCARDO CARDILLI; *Bonae fides, tra storia e sistema*, cit. pp. 73 ss.

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 posteriores relativos a su propia condición de deudor, así como podrá sufrir daños derivados de la prolongación del vínculo obligatorio²⁰⁸. 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 se originen perjuicios al deudor, estos deben ser resarcidos por el acreedor, pues el deudor tiene 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 53²⁰⁹, 60²¹⁰, 61²¹¹ y 74²¹², en virtud de los cuales el comprador adeuda su colaboración so pena de

²⁰⁸ GIOVANNI CATTANEO; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 96 ss.; GIOVANNI GIACOBBE; voz *Mora del creditore* (dir. civ.) en: *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVI, pp. 971 ss.

²⁰⁹ Art. 53 "El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato".

²¹⁰ 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".

²¹¹ Art. 61 "Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente convención, el vendedor podrá: (...) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77 (...)".

²¹² 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 (...)".

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"²¹³.

Una situación particular se presenta en 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 reembolso por los gastos de custodia²¹⁴. 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 deudor²¹⁵. 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 resarcimiento²¹⁶. A decir verdad, vista la redacción de la disposición, es lógico 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 esencia²¹⁷. 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 conducta²¹⁸, 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*²¹⁹, sin embargo, tampoco esta solución está exenta de objeciones, pues, efectivamente,

²¹³ Cfr. Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercancías, art. 54.

²¹⁴ Ver *supra*.

²¹⁵ Cfr. C. MASSIMO BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 399.

²¹⁶ Ver *supra*.

²¹⁷ 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. Cfr. C. MASSIMO BIANCA, *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 GIOVANNI MARIA UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., pp. 251 ss.

²¹⁸ De deber instrumental, "obbligo", pero sin recurrir a la buena fe como su fundamento, habla GIOVANNI GIACOBBE, voz *Mora del creditore*, cit. p. 961.

²¹⁹ En este sentido GIOVANNI MARIA UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., pp. 355 ss.

hay casos en que ver un deber secundario de conducta en relación al acreedor parece demasiado forzado, ¿deberíamos acaso 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 disposiciones²²⁰, 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 deudor²²¹. 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 el artículo 1827²²², pero esta disposición está puesta en materia de compraventa, que es donde históricamente ha sido tratado el problema que nos ocupa²²³, además, ambas disposiciones se refieren únicamente al 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 1546²²⁴, y en virtud del cual se "impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso ulteriores a la terminación del contrato"²²⁵. 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

²²⁰ Para todas ellas véase FERNANDO FUEYO LANERI; *Cumplimiento e incumplimiento...*, cit. pp. 453 ss.

²²¹ Así LUIS CLARO SOLAR; *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. v. *De las obligaciones*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 751. Aunque no trata mayormente el problema, hay que destacar que el autor reconoce que la falta de cooperación por parte del acreedor puede acarrear verdaderos perjuicios al deudor.

²²² Ver *supra*.

²²³ En efecto los dos pasajes de Sabino que hemos tratado, así como la doctrina de POTHIER provienen precisamente de este contrato.

²²⁴ Ver *supra*. Sobre la historia e importancia de esta disposición véase ALEJANDRO GUZMÁN BRITO; *La buena fe en el Código civil de Chile*, cit.; RICCARDO CARDILLI; *Bonae fides, tra storia e sistema*, cit. pp. 73 ss. Sobre la forma en que opera la buena fe en el ordenamiento chileno véase: DANIEL PENAILILLO ARÉVALO; *La apreciación de la buena fe*, en: Revista de derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción, n.º 1, 1993, pp. 69-78; RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA; *Comentarios de jurisprudencia*, en: Revista de Derecho. Universidad de Concepción, n.º 217-218, 2005, pp. 305-316; HERNÁN CORRAL TALCIANI; *La aplicación jurisprudencial de la buena fe...*, cit., pp. 207 ss.;

²²⁵ Cfr. JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA; *Los contratos*, cit., p. 402.

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* contractual²²⁶, 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 acreedor²²⁷ 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 1556²²⁸, 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 ocasionarle²²⁹.

e. Pero nos queda todavía una última cuestión, ¿dentro de qué límites puede el acreedor ser obligado a 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 en el cumplimiento y que éste es digno de protección jurídica, debe determinarse cuáles serían las causales que autorizarían una negativa

²²⁶ 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. MARIO TALAMANCA; voz *Vendita* cit., p. 373; VINCENZO ARANGIO-RUIZ; *La compraventa in diritto romano*. Reimpresión de la 1.^a ed., vol. II, Napoli: Jovene, 1990, p. 218.

²²⁷ En el sentido que la buena fe conlleva deberes también para el acreedor PATRICIO OYANEDER DAVIES; *Comportamiento contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?*, en: *Actualidad jurídica*, n.º 10, 2004, pp. 287-291.

²²⁸ En este sentido, aunque sin mayores justificaciones, FERNANDO FUEYO LANERI; *Cumplimiento e incumplimiento...*, cit. p. 459

²²⁹ Sobre la aplicación de esta institución en el ordenamiento chileno véanse RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA; *Notas sobre el deber de minimizar el daño*, en: *Revista chilena de derecho privado*, n.º 5, 2005, pp. 73-95; RODRIGO FUENTES GUÍÑEZ; *El deber de evitar o mitigar el daño*, en: *Revista de derecho Universidad de Concepción*, n.º 217-218, 2005, pp. 223-248.

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 a 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 reestablecer el equilibrio inicial de la obligación, y el riesgo de la falta de cooperación corre siempre por cuenta del acreedor, en este sentido puede hablarse de responsabilidad objetiva del acreedor.

Distinta será la situación cuando el resarcimiento se deba en consideración 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 el recibir la prestación, éste es por siempre el sujeto eminentemente 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'²³⁰, 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 ejercito enemigo²³¹.

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

²³⁰ Ver *supra*.

²³¹ Ver *supra*.

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 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 excepciones²³². En conclusión, creemos que la regla general es la 'carga', es decir, que 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 de 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 óbice para tal proposición, en efecto, la necesidad 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

²³² A decir verdad, sustancialmente a esta misma conclusión había ya llegado un autor francés en la primera mitad del s. XX, quien señalaba: "Il est 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. DÉMÈTRE J. BARONCEA; *Essai sur la faute et le fait du créancier...*, cit., p. 105.

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 ejecución de la prestación, en los demás casos este deber no nace²³³ y, por consiguiente, el acreedor no tiene sino una 'carga' de cooperación, exceptuados los casos en que ella 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 de 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 en 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

²³³ 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. GIOVANNI MARIA UDA; *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 249, n.º 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.

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