

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO**



**Incumplimiento del deber de cooperación al
cumplimiento por parte del acreedor como causal de
resolución del contrato**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER
EN DERECHO CIVIL**

AUTORA

Fiorella Vanessa Casaverde Cotos

ASESOR

Luciano Juan Luis Barchi Velaochaga

Octubre, 2019

RESUMEN

La presente investigación se ubica en el ámbito del derecho de obligaciones y contratos, específicamente en la figura de resolución extrajudicial por incumplimiento de obligaciones y en el análisis de la naturaleza jurídica del deber de cooperación al cumplimiento como su sustento. Dentro del concepto tradicional de obligación, se tiene que existen dos situaciones jurídicas bien definidas, la primera es el derecho de crédito que es propio del acreedor y la segunda el deber de débito a cargo del deudor. La definición tradicional de obligación incide directamente en la teoría del cumplimiento de las obligaciones y por ende en los remedios que se proporcionan a las partes ante el incumplimiento. Partiendo de dicha premisa, la falta de cooperación por parte del acreedor o cooperación en sentido técnico, es actualmente entendida como una carga y por tanto, otorga al deudor los remedios de mora del acreedor y el pago en consignación, remedios que atenúan las consecuencias de la falta de cooperación del acreedor al cumplimiento pero no liberan al deudor de la relación jurídico contractual en todos los casos, lo que le ocasiona un grave perjuicio al mantenerle vinculado a una relación contractual que no puede ejecutar. No obstante lo señalado, sostenemos que la cooperación al cumplimiento es un deber que se encuentra dentro de la relación obligatoria como estructura compleja, este deber se ubica dentro del derecho de crédito, porque es exigible al titular de la situación activa de la relación obligatoria, en atención a los deberes que impone la cláusula normativa general de buena fe contemplada en el artículo 1362 del Código Civil Peruano, considerando ello, en el desarrollo de esta investigación probamos que sí es posible que el deudor resuelva un contrato sustentado en el incumplimiento del deber de cooperación para el cumplimiento, siendo la vía idónea la resolución extrajudicial a través de la intimación.

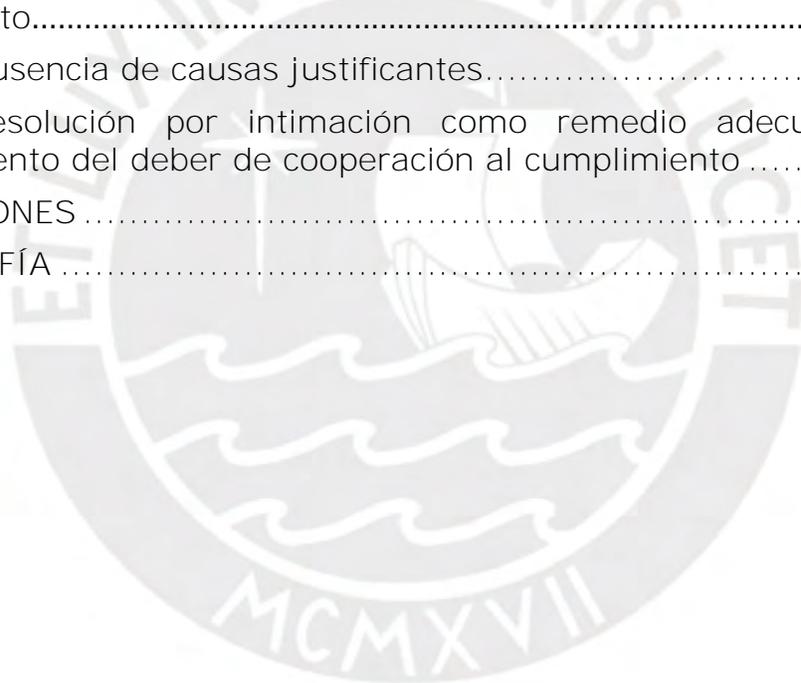


*A Lindaura, Angélica,
José Luis, Jeanette,
Janice, Alejandro e
Isabella, mi familia,
fuente de fortaleza,
amor y apoyo
incondicional en el
camino de mi vida.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS	7
1.1. El deber jurídico	10
1.1.1. Contenido del deber jurídico y ¿cómo reconocerlo?	13
1.2. El derecho subjetivo	16
1.3. La carga	18
CAPÍTULO II: LA OBLIGACIÓN	21
2.1. Definición tradicional de obligación	21
2.2. Crítica a la definición tradicional de obligación	25
2.3. La obligación como relación jurídica compleja y su nueva denominación de relación obligatoria	31
2.4. La definición de obligación en el Código Civil de Perú	38
2.5. El contenido de la relación jurídica obligatoria	39
2.5.1. El derecho de crédito y su contenido	40
2.5.2. La situación de deuda y su contenido	45
2.6. El principio de buena fe, clases de buena fe y sus funciones	48
CAPÍTULO III: LA COOPERACIÓN AL CUMPLIMIENTO Y SU NATURALEZA JURÍDICA	56
3.1. La cooperación como base de los contratos	56
3.2. La cooperación – concepto	57
3.2.1. Cooperación en sentido genérico	59
3.1.2. El deber de cooperación que emana de la buena fe	59
3.1.3. La cooperación en sentido técnico – cooperación al cumplimiento. 61	
3.1.3.1. La cooperación al cumplimiento como obligación	66
3.1.3.2. La cooperación al cumplimiento como carga	68
3.1.3.3. La cooperación al cumplimiento como deber	72
CAPÍTULO IV: REMEDIOS APLICABLES AL INCUMPLIMIENTO DE LA COOPERACIÓN AL CUMPLIMIENTO Y SU INSUFICIENCIA PARA LOGRAR LA DESVINCULACIÓN DEL CONTRATO	82
4.1. El pago por consignación y su restricción a obligaciones de dar	83
4.1.1. ¿Qué intereses protege la consignación?	85
4.1.2. Características del pago por consignación	87
4.1.3. Clases de ofrecimiento de pago	89

4.1.4. ¿Por qué el pago por consignación no produce el efecto liberatorio en todos los casos?.....	91
4.2. La mora del acreedor y la imposibilidad de desvinculación.....	97
CAPÍTULO V: LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COOPERACIÓN AL CUMPLIMIENTO	101
5.1. La resolución como remedio	101
5.2. La resolución por incumplimiento de acuerdo a la doctrina y al Código Civil Peruano.....	103
5.3. La resolución por incumplimiento de la cooperación al cumplimiento.....	105
5.3.1. La cooperación al cumplimiento como parte de una prestación recíproca.....	105
5.3.2. La gravedad del incumplimiento de la cooperación al cumplimiento.....	110
5.3.3. La ausencia de causas justificantes.....	112
5.4. La resolución por intimación como remedio adecuado para el incumplimiento del deber de cooperación al cumplimiento	113
CONCLUSIONES	122
BIBLIOGRAFÍA	125



INTRODUCCIÓN

El hombre necesita satisfacer sus necesidades, lo cual lo lleva a realizar relaciones de intercambio, cuyo trasfondo se traduce en la cooperación para lograr un interés personal que sin la actividad desplegada por el semejante no se concretaría.

El derecho de obligaciones es la parte del derecho objetivo que se encarga de establecer la reglas que regirán las relaciones de intercambio que celebren los sujetos. Dentro de esta rama del derecho el concepto fundamental será el de obligación, pero para comprender esta figura jurídica debemos estudiar conceptos previos que provienen del análisis de la norma jurídica, es decir las situaciones jurídicas.

La definición de situación jurídica se encuentra estrechamente vinculada con el estudio de la estructura de la norma jurídica. En el desarrollo del presente trabajo analizaremos las principales situaciones jurídicas a fin de comprender cuál es el real contenido de la relación obligatoria para establecer que la definición tradicional de esta figura jurídica debe ser superada por una definición más amplia.

Establecer la situación jurídica de los sujetos que intervienen dentro de la estructura de la obligación es fundamental, ya que de ello dependerá la gama de remedios que dichos sujetos podrán utilizar. No es desconocido para quienes ejercemos el derecho civil que la lista de remedios a favor del acreedor es sumamente amplia en comparación a aquellos que ostenta el deudor.

Así, nuestra investigación plantea como cuestión ¿Qué sucede ante la falta de cooperación del acreedor para el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor? Esta interrogante tiene dos respuestas actuales en el Código Civil Peruano, en primer lugar se plantea el pago por consignación y en segundo lugar la mora del acreedor, remedios que son insuficientes para lograr la tutela liberatoria del deudor, por lo cual propondremos como solución el uso de otro remedio que naturalmente siempre se ha encontrado solo a disposición del acreedor, es decir, la resolución.

CAPÍTULO I: LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS

La importancia del estudio de las situaciones jurídicas radica en que a través de él se establece el lenguaje jurídico en el que los operadores del derecho nos desenvolvemos. De ésta manera al poder identificar cada situación jurídica, podemos aplicar correctamente el mecanismo de protección que esté previsto para cada una de ellas. Campos (2017).

La definición de situación jurídica se encuentra estrechamente vinculada con el estudio de la estructura de la norma jurídica, que con mayor o menor grado se menciona como base para el desarrollo de éste concepto, ello resulta evidente del análisis que realizan autores como Nicoló, Giardina, Zatti entre otros, quienes para la elaboración de las definiciones de cada situación jurídica evalúan las actividades e intereses del hombre desde la calificación que la norma jurídica emite sobre estas actividades e intereses.

Así, tenemos que Zatti (2003:3) considera a "la situación jurídica subjetiva, como la situación o posición en la cual se encuentra un sujeto, por efecto o aplicación de una o más reglas de derecho".

Asimismo, Morales citando a Giardina (2011:61) manifiesta que "el concepto de situación jurídica subjetiva está estrechamente relacionado con la posición del sujeto en el ordenamiento jurídico y coincide, en una primera aproximación, con la fórmula sintética que describe la regla del derecho en relación al sujeto o que individualiza los efectos jurídicos con referencia al sujeto de derecho".

Para De Andrade (2006:140) "las situaciones jurídicas, son situaciones activas y pasivas vividas por el sujeto en el contexto de sus contingencias jurídicas". La autora resalta el vínculo entre los conceptos de relación jurídica y situación jurídica, que muchas veces son usados indistintamente, cuando indica: "Por relación jurídica, en especial, y por situación jurídica en general, se puede entender la realización de la correcta subsunción del hecho de la norma **para que el derecho sea dirigido**".

Para Torres (1991:217) "la situación jurídica es el conjunto de derechos y

deberes que se derivan para un sujeto de derecho como consecuencia de sus relaciones con otros sujetos o con los bienes o con la sociedad en general”.

Partiendo del hecho que es la norma la que califica la conducta de los sujetos, Nicoló (2004:1) precisa que “el hombre es destinatario del contenido imperativo de la norma jurídica porque: a) es potencialmente un centro de intereses (que a él pueden atribuirse) y b) es un centro motor de actividades (que de él emanan) tendientes a la realización de dichos intereses”.

La norma jurídica engloba la interacción entre dos sujetos, esto es reconocido por la doctrina como relación jurídica, es decir el vínculo entre dos sujetos. Este vínculo en su mayoría tendrá un lado activo y un lado pasivo. El lado activo estará representado por la situación del sujeto cuyos intereses, el ordenamiento jurídico ha considerado merecedores de tutela y el lado pasivo, por las actividades tendientes a satisfacer esos intereses Nicoló (2004: 1,2), en concordancia Zatti (2003: 3) considera que **“la norma regula comportamientos e intereses”**.

En relación al estrecho vínculo que existe entre los conceptos de situación jurídica y norma jurídica, Nicoló (2004: 2) analiza las diferentes situaciones jurídicas distinguiendo la posición que adopta la norma jurídica frente a las actividades e intereses del hombre:

- a) “Si la norma impone un cierto comportamiento positivo o negativo.
- b) Si la norma dispone a cargo del sujeto, la producción de ciertas consecuencias, independientemente de cualquier comportamiento del destinatario de éstas consecuencias.
- c) Si la norma, no impone al sujeto sufrir una consecuencia a él desfavorable, sino la imposibilidad de desconocer los efectos de una actividad libremente desenvuelta por otro sujeto”. Nicoló (2004:2).

Partiendo precisamente de la distinción entre si la norma considera o no la voluntad del sujeto destinatario del mandato para la producción de determinadas consecuencias, se podrán desglosar las definiciones de deber jurídico, poder, obligación y carga, que serán sumamente útiles para el propósito de éste trabajo.

Al respecto, no pocos autores entre ellos Carnelutti, (1955:187), Hohfeld (1968:4) y Trimarchi (1989:23) han postulado que “la definición de cada situación jurídica debe realizarse a través de un esquema de opuestos y correlativos”. Compartimos la opinión de los autores citados, ya que la definición de cada situación jurídica, puede comprenderse a través de la situación jurídica opuesta debido a que existe una profunda interrelación entre estas, es decir a cada situación jurídica pasiva corresponderá una situación jurídica activa y viceversa.

Sobre éste punto, Carnelutti, (1955:188) establece “seis tipos de relaciones jurídicas: tres activas, consideradas por él, formas de poder entre las que se incluyen la potestad, el derecho subjetivo y la facultad; y otras tres son pasivas, que en su opinión son formas del deber, entre ellas la sujeción, el vínculo y la carga”.

Por su parte, Zatti (2003:3) considera que “dentro de las posibles situaciones jurídicas en las que se puede encuadrar la conducta de un sujeto, tres conceptos resultan básicos para construir conceptos más complejos, de acuerdo al autor estos conceptos son: el deber jurídico, la facultad y el poder”.

La intervención del derecho en la vida del hombre se manifiesta a través de los juicios de ponderación que realiza de los actos del hombre y de sus intereses. Este juicio no siempre será para conceder tutela y protección, de hecho existirán juicios que vetan intereses o actividades del hombre, de ahí la diferenciación entre situaciones jurídicas activas y pasivas o aquellas caracterizadas por ser situaciones de ventaja o de desventaja, por esto, toda situación jurídica proviene de la calificación que el sistema jurídico a través de sus normas jurídicas establece.

A través de la calificación de las conductas del hombre se crea un sistema **de “piezas” básica que conforman el engranaje de nuestro sistema jurídico** y cuyo real significado facilita el entendimiento y estudio de las instituciones jurídicas.

Nos ha parecido sumamente importante que previo a realizar el análisis de figuras como la obligación, el incumplimiento o la resolución, podamos evocar los conceptos básicos que engloban estas figuras.

Para efecto de ésta investigación nos centraremos en el análisis del deber jurídico, el derecho subjetivo y la carga, ya que dichas definiciones tendrán una profunda incidencia en las conclusiones de nuestro trabajo.

1.1. El deber jurídico

Autores como Nicoló (2004:2), Pacheco (1990:190) y Zatti (2003:4), manifiestan que “el deber jurídico describe la situación jurídica de la persona que debe tener un cierto comportamiento, en virtud a la existencia de una norma jurídica que califica su conducta como obligatoria, es decir, la situación del destinatario al cual es dirigido el mandato de la norma se califica como deber jurídico”.

“La concepción descrita implica la preexistencia de una norma de derecho positivo que establezca y exija dicha conducta, de tal manera que el deber jurídico se funda en la norma jurídica y existe en virtud de ella”. Pacheco (1990:190).

Pacheco (1990:192) citando a García señala:

“Lo que llamamos deber jurídico es por tanto, la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa. Expresada en otro giro: tenemos el deber de hacer (de omitir algo), si carecemos del derecho de optar entre hacerlo y omitirlo” Carnelutti (1955:184,185).

En palabras de Carnelutti (1955:184,185):

“El deber se coloca como término medio entre los conceptos de necesidad y libertad. El deber es, por tanto, por el lado funcional, una expansión, y por el lado estructural, una restricción de la personalidad: se atan las manos al hombre con el fin de liberarle; para sustraerlo a la necesidad en que se encuentra, se le crea otra necesidad” Carnelutti (1955:184,185).

Las posiciones de Pacheco y Carnelutti se condicen con lo expuesto por Nicoló (2004:7) en relación al análisis de la relevancia que tienen los intereses y actividades del hombre para la norma, cuando distingue que la

misma "puede adoptar una posición de indiferencia, de protección o de hostilidad". "En este contexto el deber jurídico se encuadra dentro de una posición de hostilidad, porque se subordina o sacrifica un interés a un diferente comportamiento o resultado".

La norma jurídica, considerando las actividades e intereses del hombre, dispone para el caso del deber jurídico, que existen actividades o intereses que merecen una protección superior a otras actividades o intereses, estos segundos, se subordinan a los primeros, y es en éste punto que la norma describe la conducta o interés que debe ser cumplido y que es exigible, como un deber. Nicoló (2004:7).

Al respecto, Trabucchi (1967:56) elabora el concepto de deber jurídico partiendo de la distinción del interés (si se trata de un interés propio o ajeno) y del elemento de subordinación, de ésta manera establece además la distinción entre deber jurídico y carga. El referido autor señala que "frente a un derecho existe siempre la subordinación de un interés ajeno".

"La subordinación de una persona, con la correlativa imposición del deber de observar una determinada conducta, se estudia al hablar de las dos figuras del deber (*obbligó*) y de la carga. Se ha dicho que la *obbligó* consiste en la imposición del sacrificio de un interés propio respecto a otro ajeno y, por tanto, corresponde a un mandato absoluto, imperativo categórico, que debe ser respetado en todo caso. En la carga el sacrificio del interés propio se impone en relación con otro interés propio, por lo que la imposición en este caso consiste en un mandato final que se establece con la mira de obtener un determinado fin" Trabucchi (1967:56).

En similar opinión encontramos a Cristóbal (1990:52) quien manifiesta lo siguiente:

"La noción de deber jurídico nos coloca ante un tipo de situación caracterizada por la idea de subordinación o sometimiento. El concreto sujeto, afectado por el deber, se verá compelido a observar un comportamiento, sea de signo positivo o sea de matiz negativo, que en última instancia cabe referir al ordenamiento jurídico y que, en todo caso, hará referencia a su conducta exterior, a diferencia de

otros deberes morales, sociales o religiosos que, aunque puedan tener reflejo externo, no pasan de significar más que aspectos de afección en la interioridad del sujeto” Cristóbal (1990: 52).

Como indicamos previamente, las situaciones jurídicas se relacionan, se vinculan, son interdependientes, así el opuesto al deber jurídico es el derecho subjetivo, de ahí que en su definición la doctrina haga referencia a la subordinación de un comportamiento a un interés, éste interés corresponde a otro sujeto, quien tiene la facultad de exigir el comportamiento de quien ostenta la situación jurídica de deber jurídico.

Para autores como Morales (2011: 123) y Nicoló (2004: 2) “el contenido del deber jurídico se encuentra en la situación de necesidad del hombre”. Al respecto, Nicoló considera que “ésta necesidad tiene carácter relativo y no absoluto, porque limita la libertad del hombre pero no la excluye, toda vez que puede decidir entre el cumplimiento del deber y su violación”. Por su parte, el segundo de los autores señala que “la situación de necesidad tiene una contraposición natural con la situación de libertad, que caracteriza al derecho subjetivo”.

Por su parte Tuhr (1998: 102) postula como sustento del deber a la voluntad, partiendo al igual que Nicoló y Zatti del análisis de la ley, indica que ésta “establece los deberes y se dirige al hombre influyendo en su voluntad, determinando los móviles de ésta. El obligado debe observar la conducta que en cada oportunidad **le prescribe la ley**”.

“El deber le está impuesto al sujeto para que con su actividad procure un resultado que el orden jurídico desea, y que es favorable para otro sujeto. El estado, en lugar de realizar por medio de sus órganos el resultado que se propone, se dirige a la voluntad del sujeto a expensas y en desventaja del cual debe realizarse la modificación; mediante su voluntad conforme al deber, el deudor debe crear el hecho que la ley le exige.

La meta del orden jurídico no es la obediencia del obligado, sino la realización de la situación que considera deseable y esto encuentra su explicación en que la mayoría de los deberes pueden ser cumplidos aún por **terceros**”. Tuhr (1998: 102 ,103).

Lo importante del enfoque de Tuhr (1998: 102,103) y Trabucchi (1967:56) radica en distinguir respecto al deber jurídico, que la instigación a la voluntad del obligado tiene como finalidad un resultado buscado por el orden jurídico, en favor de una persona distinta a quien está obligado, esta forma de análisis nos permitirá verificar que la cooperación entendida como deber es impuesta en beneficio de otro, a diferencia de la carga.

Así, la característica básica del deber jurídico es la existencia de una norma que califica la conducta del sujeto pasivo como debida es decir de obligatorio cumplimiento. Por la imposición de un deber, el sistema jurídico más que pretender subyugar el comportamiento de una persona, busca tutelar y proteger el interés de otra, siendo la realización de este interés tan importante para el sistema que incluso debe llegar a cumplirse pese al incumplimiento de quien originariamente debía satisfacerlo, de ahí la explicación de la amplia gama de remedios que existen a favor de quienes ostentan la posición de titulares de derechos subjetivos.

A modo de conclusión, podemos indicar en palabras de Morales (2011:2) que: “El deber jurídico es una situación jurídica subjetiva, de desventaja activa, en tanto que se traduce en la necesidad de efectuar un comportamiento normativamente impuesto”, añadimos, que dicho comportamiento debe realizarse en favor de otro sujeto de derecho distinto al obligado y que el obligado incluso puede no realizar el comportamiento establecido por la norma, debiendo en éste caso sufrir las consecuencias que el derecho objetivo tenga previstas.

1.1.1. Contenido del deber jurídico y ¿cómo reconocerlo?

De acuerdo a Tuhr (1998:109) “el contenido del deber será siempre una conducta del obligado favorable al interés del titular del derecho, o que al menos corresponde a su voluntad (en cuanto existan derechos sin interés del titular)”.

Dado que esta conducta puede implicar un mero hacer o no hacer o incluso un dar, el autor realiza una distinción entre los deberes cuyo cumplimiento únicamente requieren una conducta personal (prestación de servicios, abstenciones) y aquellos que necesitan el empleo de elementos patrimoniales. Tuhr (1998:109).

La distinción realizada por Tuhr (1998:109) es muy importante para establecer los límites y la extinción de cada deber. Al respecto señala:

“La prestación puramente personal encontrará su límite en la capacidad del obligado, y a lo que puede exigirse a un hombre en interés de su acreedor esto se debe a que el deudor no puede ser compelido al cumplimiento hasta el punto de una ejecución forzosa, en cambio, el deber que se satisface mediante inversiones patrimoniales, en principio es independiente de la idoneidad del obligado” Tuhr (1998:109).

De esta manera, el contenido del deber, es un comportamiento, es decir una conducta, que puede tener un matiz de acción o de abstención, es decir *facere* o *non facere*, que puede ejecutarse de manera única, repetida periódica y continua, ésta última cuando se trate de una conducta ininterrumpida del obligado. Tuhr (1998:109).

Al respecto, Tuhr (1998:109,110) ha distinguido aquellos deberes que implican sólo un comportamiento y que por tanto se limitan a acciones u abstenciones y aquellos que requieren un elemento tangible representado por bienes. En el primero de los casos el límite de la responsabilidad de quien debe realizar el comportamiento es la ejecución forzosa, en el segundo sí puede utilizarse este remedio en tanto la exigencia recaerá en el bien debido y no en el sujeto que lo debe o en todo caso en su patrimonio.

¿Cómo reconocerlo?

Ya hemos indicado como primer punto a considerar, que para reconocer un deber jurídico, debemos prestar atención al interés que busca proteger el ordenamiento jurídico.

Si el interés que subordina el mandato del deber jurídico es un interés de un sujeto en favor de otra persona, nos encontramos ante un deber jurídico, sin embargo, si el interés se subordina en beneficio de otro interés del mismo sujeto, nos encontramos ante una carga.

Debido a que el estado de subordinación que experimenta el sujeto

(obligado) nunca es absoluto, existe la posibilidad de que quien deba cumplir el deber jurídico no lo haga, ante esta situación encontramos un segundo punto para reconocer si estamos ante un deber jurídico o no, al analizar los posibles remedios que se activan ante ésta situación.

En relación a lo indicado, Tuhr (1998: 104,105) señala que:

“Es decisiva la configuración de los requisitos que se exigen para la reparación del daño ante el incumplimiento del deber; si la ley exige culpa, es necesario considerar la conducta del culpable como lesión de un deber. En cambio si la ley dispone la reparación del daño sin considerar la culpabilidad, no puede inferirse sin más que la norma se funda en un deber del obligado, porque el legislador puede imponer la carga de la reparación del daño por una causa distinta al incumplimiento de un deber” Tuhr (1998: 104,105).

Tuhr (1998:105) refiere que “omitido el comportamiento debido, si esta omisión no implica reparación del daño, sino otro efecto jurídico desfavorable, entonces no nos encontramos ante un deber jurídico”. Asimismo, señala que “muchas veces se designa inexactamente como deber, a un presupuesto para la adquisición o pérdida para el ejercicio de una facultad, lo cual tampoco es un deber jurídico”.

“La distinción entre deber y condición de la adquisición o pérdida de derechos, no tiene un significado meramente teórico, pues en los dos campos rigen principios diferentes. La consecuencia fundamental de la lesión del deber (la reparación del daño), se verifica en principio solo en la culpa, mientras que el efecto de la condición depende por lo general, únicamente de haber sido efectuado o no el acto prescrito” Tuhr (1998: 106).

En conclusión, existen dos puntos adicionales para considerar que estamos ante un deber jurídico, el primero es el reconocimiento de la indemnización ante su incumplimiento y el segundo es el análisis del factor culpa cuando se aplique la indemnización como remedio.

“Si para la reparación del daño que se produce ante el incumplimiento de un deber, la norma indica que debe evocarse la culpa, entonces estamos

ante un verdadero deber jurídico, si por el contrario, impone una consecuencia diferente sin analizar el ámbito de culpabilidad entonces estamos ante una carga". Tuhr (1998: 106).

En conclusión, cuando se analice la naturaleza jurídica de la cooperación al cumplimiento que debe prestar el acreedor, tendremos que tener presente si se cumplen estos 3 filtros, para poder concluir si existe o no el deber de cooperar con el cumplimiento:

- a) Subordinación de un interés en favor de otro.
- b) La lesión del deber se sanciona mediante la reparación del daño.
- c) Para la aplicación de la reparación se analiza el factor culpa.

1.2. El derecho subjetivo

El vocablo derecho es polisemántico, por ello la doctrina jurídica ha realizado una primera distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo; entendiendo al primero como el conjunto de normas que regulan jurídicamente a un grupo de sujetos, mientras que el segundo, se refiere a la situación específica del sujeto a quien se le atribuye una facultad o poder. Dada la naturaleza de nuestra investigación, nos centraremos en el análisis del derecho como situación jurídica subjetiva.

Cuando Nicoló (2004:5) analiza las situaciones jurídicas subjetivas, establece como finalidad de éstas "la tutela, protección y garantía de los intereses y las actividades humanas; tanto los intereses como las actividades del hombre, son ponderadas y analizadas por el ordenamiento jurídico para emitir un juicio de indiferencia, protección o subordinación".

Ahora bien, cuando el ordenamiento jurídico considera que un interés debe ser protegido, la consecuencia, es otorgar la protección necesaria para que dicho interés se realice, por ello para Nicoló (2004:9): "el derecho subjetivo es la forma jurídica de más intensa protección de un interés humano, en cuanto es la síntesis de una posición de fuerza y de una posición de libertad. Se atribuye al portador del interés el poder de realizarlo y la libertad de usar o no los instrumentos que son predispuestos por el ordenamiento jurídico para asegurar la realización del mismo".

Al respecto, Zatti (2003: 10) define "al derecho subjetivo como la situación

jurídica de una persona a la cual una norma asegura la posibilidad de satisfacer un cierto interés económico o moral”.

Para este autor “el derecho subjetivo sintetiza y engloba una serie de situaciones jurídicas simples”, sobre esto, reconoce la existencia de “un poder de pretender un comportamiento de otro o exigirle la abstención de un comportamiento y las prerrogativas compuestas por facultades y poderes que la norma atribuye al sujeto y que representan su interés”, éste interés es para Zatti “la principal característica del derecho subjetivo”, es decir “el reconocimiento de la tutela inmediata y directa del interés del titular del derecho”.

Vidal (1985:231) en coincidencia con Nicolás y Zatti reconoce como elementos que componen el concepto de derecho subjetivo, al poder y al interés, indicando que “el poder es el elemento interno del derecho subjetivo y el interés jurídicamente tutelado es el elemento externo”.

En igual sentido, se pronuncia Trabucchi (1967:53) quien refiere “**que** el derecho subjetivo se haya constituido por un poder de actuar, atribuido a la voluntad del sujeto y garantizado por el ordenamiento jurídico para satisfacer sus intereses jurídicamente reconocidos”.

Del análisis de las posiciones de los autores citados, podemos advertir que Nicolás, Trabucchi, Vidal y Zatti coinciden en la existencia de dos elementos que resultan palpables en el concepto de derecho subjetivo, el poder y el interés jurídicamente tutelado, no obstante, para Nicolás el elemento más importante es el poder, mientras que para Zatti, es el interés jurídicamente tutelado.

De las definiciones analizadas, podemos concluir que es el ordenamiento jurídico el que reconoce la existencia del interés particular de un sujeto a quien le otorga tutela, concediéndole el poder de dirigirse directamente al órgano jurisdiccional, de esta manera la situación jurídica del sujeto titular del derecho subjetivo es una situación compleja porque no implica solo el poder sino principalmente el interés de hacer efectivo dicho poder.

Sobre el contenido del derecho subjetivo, los autores Morales (2011:76), Trabucchi (1967:53) y Vidal (1985:529) coinciden que está compuesto por

las facultades, no obstante, no podemos confundir las definiciones de derecho subjetivo y facultad.

Así tenemos a Trabucchi (1967:53) que indica que “el derecho subjetivo tiene un contenido propio, formado por las facultades jurídicas, que son las manifestaciones del derecho mismo”, por ello, considera “un error que el término facultad sea utilizado como sinónimo de derecho subjetivo, ya que las facultades no tienen vida independiente del derecho”.

Igual opinión comparte Morales (2011:76) cuando señala que “el contenido del derecho subjetivo está conformado por facultades”. Indicando además que “La facultad no es una situación jurídica subjetiva autónoma sino uno de los modos a través de los cuales puede ejercitarse el derecho, por consiguiente, ella forma parte del contenido del derecho mismo”.

No obstante lo indicado, existen posiciones doctrinarias como la de Pacheco (1990:128) que considera a la facultad como sinónimo del derecho subjetivo.

Al respecto, Pacheco (1990: 128) señala que “son las facultades que tienen los hombres de determinar normativamente la conducta de los otros las que constituyen los derechos subjetivos”. El referido autor considera que “existen cuatro formas en que el derecho subjetivo puede manifestarse: 1) Como derecho de libertad jurídica, 2) Como poder de creación de derechos y deberes o poder jurídico, 3) Como pretensión o derecho de exigir el cumplimiento del deber y 4) Como derecho a cumplir el propio deber”.

Efectivamente el derecho subjetivo se hace palpable a través de las facultades que otorga a su titular, sin embargo, estas son parte del concepto y no un sinónimo de éste, por lo que no compartimos el uso indistinto de los términos facultad y derecho subjetivo realizado por Pacheco.

1.3. La carga

El concepto de carga nació en el derecho procesal, como el requerimiento o presupuesto necesario para la satisfacción de un interés propio, que generalmente se relacionaba con la acreditación de lo que se postulaba

como pretensión, es decir, la sustentación probatoria.

Posteriormente, ésta figura se trasladó al derecho civil, donde autores como Zatti (2003:8) la definen en atención a "quién es el sujeto sobre quien recaen los efectos de su propio comportamiento", señalando que "cuando la regla establecida por el ordenamiento jurídico se limita a establecer que un cierto resultado puede ser obtenido solo por quien realice (sin estar obligado) un determinado comportamiento, entonces nos encontramos frente a una carga".

Carnelutti (1955:221) considera a "la carga como la tercera figura del deber jurídico". A propósito de su definición, indica que:

"En cuanto el derecho tutela el interés de una parte contra el de otra, puede subordinar esa tutela al sacrificio de un interés distinto, pero perteneciente al sujeto del interés tutelado, en éstos casos el gravado a diferencia del obligado, en vez de elegir entre el sacrificio espontáneo y el sacrificio coactivo de su interés, elige entre el sacrificio de uno u otro de sus intereses" Carnelutti (1955:221).

No obstante, considerar a la carga como un tipo de deber, Carnelutti (1955:222,223) propone a fin de distinguirla de la obligación, "partir de diferenciar el acto debido y el acto necesario, ya que cuando se trata de la obligación la subordinación es de un interés del obligado a un interés de otro sujeto, sin embargo, la carga es la subordinación de un interés del gravado a otro interés del mismo sujeto".

"Partiendo de la *necessitas*, encontramos que la diferencia específica se refiere a la coincidencia entre el derecho necesitado y el sujeto del interés tutelado, que se da en la carga y no en la obligación". Carnelutti (1955:223).

Para Nicolás (2004:9) la carga es "la necesidad de un determinado comportamiento para realizar un interés propio (que es el resultado que se quiere obtener)".

Por su parte Díez Picazo (1996:134) citando a Schmict señala que:

“Las cargas se caracterizan porque regularmente al sujeto activo no le corresponde ninguna pretensión encaminada a su cumplimiento, ni tampoco una posibilidad de acción o de ejecución ni una pretensión de resarcimiento de daños frente a su inobservancia o infracción. Sin embargo, la persona colocada en la necesidad de adopción de esta conducta se ve situada, en caso de inobservancia, frente a ciertas desventajas jurídicas. La observancia del comportamiento es precisa para el buen resultado del propio interés” Díez Picazo (1996: 134).

De acuerdo a lo señalado, en el caso de la carga, el sujeto que ostenta esta situación jurídica, debe decidir efectuar o no un comportamiento, partiendo de la necesidad y no de la obligación de hacerlo. El cumplimiento de la carga dependerá de la ponderación que realiza el titular de diferentes intereses, de cuál de estos supone para él un mayor grado de importancia, es por ello, que no existe el poder de pretensión o de exigir el cumplimiento de la misma, de lo que deviene también, que las consecuencias negativas de su incumpliendo deben restringirse a la esfera de quien ostenta la carga.



CAPÍTULO II: LA OBLIGACIÓN

2.1. Definición tradicional de obligación

“El concepto de obligación (*obligatio*) proviene del derecho romano. En las fuentes romanas la *obligatio* se definió como *vínculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*”. (Diez Picazo 1996: 50).

“Es a Justiniano a quien se atribuye esta definición, que se plasma en sus Instituciones, la misma puede traducirse como: la obligación es el vínculo jurídico formado según nuestro derecho y que nos obliga a pagar alguna cosa” (Palacios Martínez y Núñez Sáenz 2004: 34).

“La obligación ha sido originariamente un vínculo, el vínculo en sentido genuino era una cadena, por lo tanto la *obligatio* era una situación de cautividad o de encadenamiento, en que una persona se encontraba respecto de otra. Como se aprecia la idea primitiva de *obligatio* no designaba un deber, sino un estado de sujeción que concedía un poder de naturaleza física o cuasi física a la persona favorecida”. (Diez Picazo 1996: 50,51).

Si bien la obligación en su forma primigenia, consistía en un vínculo que constreñía al obligado hasta un punto físico, no es ésta primera aproximación la que se plasma en los códigos de tradición y herencia latina, sin embargo, su influencia como base del concepto se mantiene hasta nuestros días.

Diez Picazo (1996:53) considera que la evolución del concepto de obligación que heredamos de Roma, se produjo por elementos de tipo económico. Siguiendo esta línea se encuentra Betti (1969:356) quien refiere:

“El progreso de la conciencia moderna sobre la romana, consiste en haber objetivado la prestación, por así decir, en haberla separado de la persona del deudor confiriéndole un valor por sí misma; en haber considerado su cumplimiento, dentro de los límites de lo posible, como acto impersonal que no precisa necesariamente del concurso del deudor, y que puede tener lugar prescindiendo de su

cooperación”.

De acuerdo a la doctrina señalada, el primer paso hacia la modernización del concepto de obligación partió de la distinción de la responsabilidad personal a la responsabilidad patrimonial, de esta manera se reconoce al deudor como sujeto cuya dignidad impide que se invoque una ejecución forzosa que pueda dañar su integridad o su libertad, lo cual se traduce en la limitación al acreedor para efectuar remedios que antes sí le estaban permitidos como es la mutilación del deudor o la venta del mismo en calidad de esclavo.

Posterior a la inicial concepción romana modificada conforme a los usos modernos, pero siempre sobre la sustancia de la misma, es decir, el vínculo, se han esbozado diferentes conceptos de obligación que también podemos considerar de matices tradicionales.

Entre éste tipo de definiciones encontramos la esbozada por Cazeaux (1984:4) quien indica que, “la palabra obligación en un sentido lato, implica una idea de sometimiento, de sujeción, de restricción de la libertad. En la misma medida en la que estamos obligados, tenemos **disminuida nuestra libertad**”.

Borja (1959:80) citando a Planiol **indica que** “la definición usual de la obligación es esta: un vínculo de derecho por el cual una persona está **sujeta para con otra a hacer o no hacer alguna cosa**”.

Por su parte Giorgi citado por Borja (1959: 80), define a la obligación como “un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual, una o varias de ellas (deudor o deudores) queda sujeta respecto a otra u otras (acreedor o acreedores) a hacer o no hacer una cosa”.

Asimismo, Borja (1959:81) señala que “la obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir al deudor”.

Las definiciones tradicionales que hemos citado continúan haciendo

presente el vínculo existente entre las partes, sin embargo, caracterizan a éste como un sometimiento absoluto de una parte hacia la otra, cuando **por ejemplo refieren que “una de las partes está sujeta” o “que una de las partes debe cumplir”**.

Sus textos parecen no haber superado la primera definición romana que sí implicaba un estado de sujeción, si esto fuese así, el obligado no tendría ningún margen de libertad. No obstante, como ya hemos indicado en el anterior capítulo, la obligación es una especie del deber jurídico en el cual siempre existe para el obligado la posibilidad de cumplir o no, asumiendo en todo caso, las consecuencias del incumplimiento. El estado de sometimiento absoluto ya no existe para ningún tipo de obligación.

Asimismo, existe otro grupo de definiciones, también de corte tradicional, que se caracterizan principalmente por considerar al concepto de obligación como sinónimo del derecho de crédito o del objeto del mismo, es decir la prestación. Estas definiciones nacen desde la perspectiva del lado activo de la obligación, lo cual limita de sobremanera el concepto. Para fines ilustrativos citamos algunas a continuación.

Mazeaud, considera que “la definición de las Institutas, es aún válida”. Mazeaud citando a Roca Sastre y Puig Brutau indica que los autores señalados definen a la obligación bajo la siguiente fórmula:

“La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (o varios) tiene derecho a exigir (pretensión) a otro sujeto (o varios) una determinada prestación (consistente en dar, hacer o no hacer) y en su defecto procurarse una congrua satisfacción equivalente a base de la responsabilidad patrimonial del deudor” (Cazeaux 1984: 6).

En la misma línea argumentativa Arias (1965: 8) señala:

“Con el término obligación hacemos referencia a una categoría especial de derechos subjetivos llamados derechos de crédito o derechos de obligación, que como todos los derechos subjetivos suponen una relación entre dos personas, de las cuales una de ellas (acreedor), puede exigir a la otra (deudor) el cumplimiento de una

determinada prestación, consistente en dar, hacer o no hacer cosa alguna”.

Al igual que Arias, Dupichot (1984: 4) define a la obligación considerándola un derecho subjetivo:

“La obligación es un derecho subjetivo o patrimonial; es un bien llamado incorporal (puesto que consiste en un derecho), siendo la obligación, un derecho personal. Así, la obligación implica necesariamente un sujeto pasivo deudor; el sujeto activo (acreedor), puede exigir el primero el cumplimiento de una prestación, pero no tiene derecho de hacerlo sino respecto del deudor”. Arias, Dupichot (1984: 4).

Por su parte Colin et Capitant citados por Borja (1959:80) refieren: **“La obligación es el vínculo de derecho entre dos personas en virtud del cual el acreedor puede constreñir al deudor a pagarle una suma de dinero o a entregarle alguna cosa, sea a ejecutar una prestación que puede consistir en hacer alguna cosa o abstenerse de un acto determinado”**.

Las definiciones que hemos señalado en los párrafos precedentes indican un concepto de obligación que contempla un vínculo en el cual existe un derecho de crédito y un deber de prestación, sin embargo, ambas situaciones jurídicas implican un contenido, que de acuerdo a éstas posiciones solo engloban un significado, para el acreedor un derecho, para el deudor un deber, ambas situaciones contrapuestas y una definida en función a la otra. No se advierte, de ninguna de las definiciones citadas que se llegue a desarrollar el contenido del derecho de crédito o del deber de prestación. De hecho, la mayoría de las definiciones citadas centran su atención en el lado activo de la obligación.

Consideramos que existe un error, en las definiciones que parten del análisis del lado activo de la obligación, cuya consecuencia es homologar el concepto de obligación con el derecho de crédito, este error se maximiza cuando además, de realizado el símil entre obligación y derecho de crédito; explícita o implícitamente, señalan que el contenido de éste derecho sólo es la prestación.

Si adoptáramos alguna de estas definiciones, estaríamos asumiendo que la obligación es una situación jurídica simple, no siendo esto posible si partimos del hecho que la obligación es un vínculo en el cual existen dos partes, además de que, cada parte representa un conjunto de situaciones jurídicas que van más allá del crédito o de la deuda.

En relación a lo indicado hasta aquí, Zatti (2003:24) manifiesta que “el término obligación (*obbligazione*), indica la posición del deudor que al igual que la del acreedor es una posición compleja que comprende otras situaciones jurídicas en su interior”.

Conforme a lo desarrollado hasta éste punto, consideramos que las definiciones tradicionales de obligación, si bien reconocen un vínculo entre las partes, se centran en la posición de sólo una de ellas, en su mayoría, el acreedor, llegando a considerar a la obligación como sinónimo del derecho de crédito o de uno de sus elementos, la prestación, lo cual indica una perspectiva reducida del concepto de obligación, que no compartimos.

2.2. Crítica a la definición tradicional de obligación

Como se ha señalado en el punto anterior, las definiciones clásicas de obligación interiorizan de manera evidente la tradición romanista, con un elemento de modernización relacionado a la patrimonialización de la prestación, que determina la limitación de la responsabilidad del deudor. Este aspecto es considerado uno de los mayores avances en cuanto a la mejora y perfeccionamiento de la definición de obligación.

Sin embargo, sobre las definiciones sustentadas en fuente romana, nos parece importante traer a colación lo señalado por Namén (2015:15): “Partiendo de las fuentes romanas, el concepto de obligación ha tratado de explicarse desde puntos de vista referentes a la libertad, a la persona, a la prestación, al poder, al deber jurídico, al derecho subjetivo, al patrimonio, a la deuda, al crédito, a la responsabilidad y a la ejecución espontánea o coactiva, no obstante ello, no se ha logrado emitir un concepto lo suficientemente satisfactorio.

Partir de una perspectiva limitada, pretendiendo emitir una definición de una figura tan importante desde uno solo de sus múltiples aspectos, es precisamente el error por el cual la doctrina ha formulado diversos

cuestionamientos a las definiciones de matices tradicionales.

Nosotros hemos distinguido y sistematizado estas observaciones de la siguiente manera: a) Contraposición de las partes que componen la obligación, maximizando la importancia del derecho de crédito o exaltando el deber del deudor hasta el punto de considerarlo como un estado de sujeción, b) Identificación de la obligación con el deber jurídico y c) Proponiendo que la obligación sea entendida como una relación jurídica compleja.

a. Contraposición de las partes que componen la obligación, maximizando la situación jurídica del sujeto pasivo o del sujeto activo

Cuando desarrollamos el capítulo referente a situaciones jurídicas subjetivas indicamos que autores como Carnelutti, (1955:187), Hohfeld (1968:4) y Trimarchi (1989:23) señalan que la definición de cada situación jurídica debe realizarse a través de “un esquema de opuestos y correlativos”, a lo que se puede agregar que las situaciones jurídicas pueden ser complementarias e interdependientes.

Asimismo, es necesario recordar que existen situaciones jurídicas simples y situaciones jurídicas complejas. Las situaciones jurídicas complejas están compuestas por situaciones jurídicas simples, lo que implica que las situaciones jurídicas simples que englobe una situación jurídica compleja no tienen un nivel de superioridad unas respecto de las otras, si no que en todo caso, se encuentran en un mismo plano, complementándose. Zatti (2003.24).

Compartimos la posición de la doctrina que considera que la obligación es una situación jurídica compleja, en la cual existe un vínculo, entre dos sujetos que ostentan una situación jurídica activa y otra pasiva, de lo cual, fácilmente se podrá advertir que estas situaciones son opuestas, pero también complementarias, por lo que una situación jurídica no es superior o más importante a la otra. No obstante, no son pocas las definiciones que se caracterizan por exaltar la situación activa o pasiva de la obligación.

En relación a “la oposición que existe entre el *ius* del acreedor y la

obligatio del deudor”, Savigny (2007: 77,78) considera que “esta forma de concebir la obligación induce a confusión y es reprobable por dos razones: a) oscurece las afinidades y diferencias que existen entre los conceptos jurídicos y b) atribuye a la palabra *obligatio* un sentido que era del todo ignorado por los romanos”.

Para Savigny “el verdadero sentido de la palabra *obligatio* es inexactamente extendido cuando se le refiere solamente al lado pasivo de la relación y no al lado activo, o sea, a la obligación considerada en su conjunto”.

De igual apreciación es Gangi (2007: 85) al señalar que:

“Tanto en las definiciones romanas como aquellas acogidas por las escuelas medievales y bajo la vigencia del Código Civil Italiano anterior, la esencia de la obligación fue identificada, principal e inmediatamente en el vínculo del deudor a la prestación; en cambio el derecho del acreedor a la prestación no es destacado de manera explícita” Gangi (2007: 85).

Por su parte Giorgianni (2007: 88) considera que: “Sería preferible utilizar la denominación relación obligatoria, porque así se tiene en cuenta la relación global, es decir, la que resulta de la posición subordinada del deudor y de la situación preeminente del acreedor, lo cual difiere de otras denominaciones que ponen en evidencia solo una u otra posición”.

Por lo señalado Giorgianni (2007: 93,94) propone lo siguiente:

“La obligación es la relación jurídica en virtud de la cual una persona determinada, llamada deudor, está constreñida a un comportamiento patrimonialmente valorizable, a fin de satisfacer un interés, incluso no patrimonial, de otra persona determinada, llamada acreedor la cual tiene derecho al cumplimiento”.

Al respecto, Giorgianni (2007: 93,94) indica “que su definición difiere de aquellas que se limitan en resaltar solo uno de los dos lados o aspectos de esta, es decir, el deber del deudor o el poder del acreedor”.

Autores como Palacios y Núñez (2004: 34,35), indican:

“La definición clásica esbozada por Justiniano, planteó las bases para el desarrollo de una futura institución, ya que describe el vínculo jurídico y el débito, sin embargo, dicha definición denota insuficiencias en cuanto no menciona el otro polo de la vinculación jurídica, es decir el crédito, tampoco el objeto de la obligación, así mismo, parece limitar el contenido obligacional a prestaciones de dar” Palacios y Núñez (2004: 34,35).

Los autores Cascio (2007:82) y Moisset De Espanés (2004:45) son de igual opinión que Palacios y Núñez, respecto a “la falta del desarrollo del lado activo en la definición romana de obligación que se traslada hasta nuestros días, en la cual se ha remarcado el aspecto pasivo de la obligación, se habla tan solo de la situación jurídica del deudor, es decir **alguien que está constreñido a cumplir**”. Aunada a esta crítica se encuentra la posición de Galli, De Gásperi y de Giogiani (Cazeaux 1984: 6).

Sobre este punto diferimos de los autores citados, en atención a que no nos parece que se omita al lado activo de la obligación, por el contrario, su situación jurídica de ejercer un derecho de crédito se ve fortalecida por las definiciones que centran su atención en remarcar el estado de deber en el que se encuentra el obligado, sin embargo, desde esta perspectiva es claro reconocer la subordinación de una situación jurídica respecto a la otra, lo cual de acuerdo a nuestra posición, no es correcto. Con esto no pretendemos desconocer que efectivamente, una parte se encuentra en la obligación de cumplir, es decir **esta “subordinada” a cumplir, sino que esta obligación no sitúa al sujeto deudor en un plano inferior a quien tiene el derecho de exigir el cumplimiento, es decir, el acreedor.**

b. Identificación de la obligación con el deber jurídico

La obligación es una especie del deber jurídico, lo cual no significa que sean sinónimos, ya que el deber jurídico tiene una extensión mayor a la obligación. Las limitaciones que implica la conceptualización de la obligación desde la óptica del deber jurídico han sido reconocidas por diversos autores.

Giorgianni (2007:95) manifiesta que “una definición que se centra en el lado pasivo puede considerarse que define el deber en general pero no el particular deber jurídico que es la obligación”.

A propósito de lo indicado, Messineo (1971:7) refiere: “la obligación es una subespecie del concepto de deber jurídico, que antes se ha entendido, no como relación en su totalidad, sino como lado pasivo del derecho de crédito (débito)”.

Al respecto, Cristóbal (1990:60,61) se opone a una definición que solo se encuadre en el ámbito del deber jurídico si bien reconoce que en una primera aproximación esto es inevitable:

“Quizá el hecho que la conceptualización de la obligación no se presente fácil ni clara bajo la exclusiva óptica el deber jurídico que soporta el deudor, haya inducido a una parte importante de la doctrina científica a intentar aquel objetivo a través de otro camino posible, el de la posición del sujeto activo de la relación obligatoria: el acreedor. Si el deudor afectado por el vínculo ha de observar un determinado comportamiento en provecho del acreedor, cuya realización provoca la satisfacción del interés jurídico de éste, puede tener sentido adentrarse en el piélago de la obligación de la mano de ese otro sujeto que aparece como destinatario de la acción del deudor y que, en definitiva, constituye el punto de referencia final y justificativo del programa prestacional contemplado por las partes” Cristóbal (1990:60,61).

Para Cannata (2007:99,100) “la definición de obligación, es la definición de un deber jurídico en general”. Para este autor:

“Nunca se ha llegado a dar una definición satisfactoria de la obligación, porque se reduce su noción a una única proposición con las características de la definición dialéctica, se arriba a decir que la obligación consiste en una particular aplicación de la noción de deber jurídico, que se presenta cuando dicho deber opera en el campo del derecho privado, con referencia a relaciones patrimoniales con carácter relativo” Cannata (2007:99,100).

c. Proponiendo que la obligación sea entendida como una relación jurídica compleja.

Asimismo, existen aquellas posiciones que no solo critican la exaltación de una de las partes de la relación obligatoria o la identificación de la obligación con el deber jurídico, sino que proponen desarrollar un concepto mucho más amplio de obligación, utilizando muchas veces para ello el término “**relación obligatoria**”.

Para De Gásperi citado por Cazeaux (1984:6), “la definición de las institutas así como las variantes que sobre ella hacen los autores, no son definiciones sino caracterizaciones de la obligación”. Gásperi refiere que “la obligación no es un vínculo jurídico, ya que este es solo uno de sus elementos. El concepto de obligación es más abstracto que el de vínculo jurídico y le antecede. La esencia de la obligación es la justicia correctiva o **sinalagmática**”.

Al respecto Galli, señala que:

“La definición de las institutas no es una definición de obligación ya que solo se posiciona en el supuesto de que la relación obligacional es incumplida y se reclama la intervención del derecho para asegurar sus efectos. De ahí que esta definición resulte insuficiente para abarcar la obligación natural o las obligaciones que por ser cumplidas voluntariamente no necesitan para nada el **elemento de compulsión**”.

Por ello Galli propone una definición “sumamente comprensiva en estos términos: Situación en virtud de la cual el sujeto se halla en el deber jurídico de cumplir **una prestación**” (Cazeaux 1984:6).

Como vemos, las críticas que proponen la ampliación del concepto de obligación se sustentan en que las definiciones actuales se centran en caracterizaciones o elementos de la obligación, ninguna desarrolla el concepto en su amplitud.

Ni el vínculo, ni el derecho de crédito, ni el deber pueden representar por si solos lo que significa la obligación, por ello, compartimos lo señalado por Cazeaux y Galli, cuando indican que las definiciones clásicas sólo detallan

características, más no establecen un concepto.

2.3. La obligación como relación jurídica compleja y su nueva denominación de relación obligatoria

La ampliación del concepto de obligación es un aporte de la doctrina alemana. En 1874 "Brinz estudiando el concepto romano de la obligación descubrió en ella dos elementos: el *debitum* y la *obligatio* o *nexum*", es decir deber, *shuld* y responsabilidad, garantía o *haftung* (Schilman 2003:123).

"Este hallazgo atacaba al punto de vista prevalente, porque postulaba que la esencia de la obligación era la sujeción del obligado a la ejecución judicial, es decir el sometimiento de la persona y de los bienes del deudor para el caso de incumplimiento". (Schilman 2003:123).

Posteriormente en 1982, "Von Amira investigando el antiguo derecho germánico del norte (fuentes suecas y noruegas), observó que allí también la obligación se descomponía en dos elementos *shuld* y *haftung*" (Schilman 2003:123).

"La *shuld* es el derecho latente o expectativa del acreedor a la prestación; a la vez es el deber latente del obligado de cumplir la prestación; el estado o situación de las partes, acreedor y deudor, antes de producirse el cumplimiento de **la obligación**" (Schilman (2003:124).

Por su parte, "*haftung* es el elemento que entra en función cuando se produce **el incumplimiento voluntario**". "Este elemento faculta al acreedor a ejercer su poder de compulsión para dirigirse contra el patrimonio del deudor". (Schilman (2003:126).

A decir de Schilman (2003:124), "estos descubrimientos realizados por Brinz y Von Amira en el antiguo derecho tuvieron gran repercusión y abrieron una profunda brecha en el concepto unitario y clásico de la obligación que nos habían legado las Institutas de Justiniano".

Schilman refiere que en el año 1900 con la aparición del BGB:

"El derecho alemán crea una nueva expresión *schuldverhältnisse*

(relaciones obligatorias), la introducción de éste término tenía como única finalidad usar una expresión alemana en vez de un extranjerismo, teniendo el mismo significado que el término obligación en sentido tradicional, sin embargo, durante la elaboración del BGB el término adopta un segundo significado y hasta un tercer significado” (Bucher 2006: 5).

“La expresión relación obligatoria fue plasmada por primera vez en un texto legislativo en 1861, en el Proyecto de un Código Civil para el Reino de Baviera (*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern*)” (Bucher 2006: 10).

“En sus orígenes, “relación obligatoria” no debía ser en el proyecto bávaro (como más tarde en el proyecto de Dresde y finalmente en el BGB) otra cosa que la introducción de una nueva expresión en lugar de “obligación” (*Obligation*), sin modificar un ápice el significado de un concepto que había venido existiendo durante nada menos que dos milenios” (Bucher 2006: 11).

Posteriormente, entre 1863 y 1866, se emite el Proyecto de Dresde (*Dresdener Entwurf*) que “constituye la base principal y más importante del Derecho de obligaciones del BGB, es en éste proyecto que se introduce el concepto de relación obligatoria al BGB” (Bucher 2006: 11).

“Con la adopción de esta nueva terminología, el legislador se alejaba de un modo intencionado del uso lingüístico de toda la Europa continental, fiel a la tradición romanística. Sin embargo, entendió esta desviación como algo puramente terminológico y en el fondo no deseaba poner en tela de juicio la coincidencia con el resto de la tradición jurídica de la Europa continental, sino mantenerla. Es en este cuerpo legislativo que el concepto de relación obligatoria ingresa al BGB” (Bucher 2006: 11).

No obstante, la inicial intención del legislador alemán fue superada, concibiendo así el concepto de relación obligatoria como estructura compleja.

Medicus (1995: 7) señala que el BGB reconoce una definición estricta y una

definición amplia de obligación. La primera se encuentra en el artículo 241 del BGB, en éste artículo se define a la obligación como expresión del crédito. Por su parte la relación obligacional en sentido amplio, se advierte más claramente del Capítulo 7 que precede al 433 del BGB, relaciones obligacionales particulares, pues las relaciones jurídicas reguladas allí (compra, permuta, donación, arrendamiento) no se agotan en un único crédito.

Así, para Medicus (1995:8) "la relación obligacional en sentido amplio es un conjunto, producto compuesto por una multiplicidad de pretensiones y obligaciones (=relaciones obligacionales en sentido estricto), por eso se ha designado como ensambladura, organismo o también proceso".

Larenz (1952: 18) como representante de la doctrina alemana, comparte la posición de una relación obligatoria compleja; para éste autor "el deber de prestación es el núcleo de la obligación", no obstante, reconoce la existencia de otros elementos importantes dentro de su estructura. Al respecto, refiere:

"Ello no significa, sin embargo, que la relación obligatoria se agote con ese deber. Para toda relación obligatoria cualquiera que sea su estructura, rige el principio de cumplir la prestación con fidelidad a la palabra dada o a la obligación fundamentada de cualquier modo que sea, sin defraudar la confianza de la otra parte, es decir cumplir la prestación según la buena fe (artículo 242 BGB).

Cada una de las partes puede esperar de la otra que tenga en cuenta sus intereses en lo posible y en lo que pueda serle exigido según las **circunstancias" (Larenz 1952:21).**

De acuerdo a lo señalado, Larenz (1952:37) considera que "la relación obligatoria debe estudiarse como un todo", por ello postula que "la relación de obligación no solo debe entenderse como lo hace la Ley, es decir cómo relación de prestación aislada, sino como relación jurídica total, como una relación jurídica especial entre las partes", advirtiéndose elementos de naturaleza moral en el concepto que él refiere, cuando por ejemplo señala que la prestación debe cumplirse de buena fe.

Sobre lo indicado por la doctrina alemana, Morales (2013:6) manifiesta que “en dicho país surge la teorización de la obligación como *organismus* (Siber, Heinrich Stoll), como relación obligatoria en sentido amplio (Oertmann) o como relación marco (Herholz)”.

“Dentro de este marco teórico, una relación obligatoria es compleja porque contiene deberes de prestaciones principales, deberes de prestaciones secundarias y deberes accesorios. La prestación principal es la acción humana, considerada como núcleo de la obligación. La prestación secundaria depende de la prestación principal. Y los deberes accesorios cautelan el vínculo obligacional; protegen a las partes, en sus personas o en su patrimonio, y protegen a los terceros, que con la obligación, tengan un especial **contacto” (Morales Hervías 2013:6).**

Por lo señalado, León (2007:25) considera que “a diferencia de la tradicional concepción de la obligación, las relaciones obligatorias en el derecho alemán cobran una singularidad y complejidad tal, que se apartan de cuanto habían escrito al respecto los juristas franceses Jean Domat y Robert-Joseph Pothier, quienes sistematizaron en los siglos XVII y XVIII, respectivamente el derecho romano”.

De acuerdo a Mengoni (2007b:145):

“La definición de obligación alemana conserva la concepción de la obligación como relación elemental, limitada a la prestación debida por el deudor, a la cual el acreedor tiene derecho. Sin embargo, la obligación es reconstruida como una estructura compleja, en la cual el núcleo primario constituido como deber de prestación es integrado por una serie de deberes accesorios coordinados a un nexo funcional unitario” Mengoni (2007b:145).

A decir de Mengoni y León (2007: 145; 2007:25), “el Código Civil Alemán contiene una definición de la relación obligatoria que invierte el planteamiento de las definiciones romanas, al estar basada en el lado activo, y no en el lado pasivo”.

Existe un importante matiz ético que sustenta la ampliación del concepto

de obligación. La doctrina contemporánea hace mención al principio de buena fe o a la cooperación entre las partes como un elemento base para extender el concepto de obligación.

De esta manera, la obligación ya no puede definirse como sinónimo de prestación, ella abarca un contenido mucho más amplio. Así como antes existió una transformación de las obligaciones pasando de la responsabilidad personal a la responsabilidad patrimonial, ahora se observa que en las definiciones de obligación se da cabida al factor moral, al efecto ético.

Diez Picazo (1996:87,89) señala que **la obligación es "el cauce de cooperación de las personas para hacer dinámica la vida económica"**. Al respecto, refiere que "en la obligación existe un factor de cooperación tanto en el intercambio de bienes como en la prestación de servicios, lo cual representa el elemento patrimonial de la obligación".

Moisset De Espanés (2004:43) también advierte "la influencia de la ética y la moral en el concepto de obligación", manifestando que "actualmente los códigos hacen referencia a reglas de lealtad y buena fe, pero no solo al desarrollar el concepto de obligación, sino sobre todo en materia interpretativa y de cumplimiento".

Nosotros consideramos además, que si bien la mayoría de códigos no optan por considerar una definición de obligación expresa, la noción de la misma si se ve influenciada por estos factores éticos, prueba palpable de ello son los proyectos legislativos y académicos que se ocupan de la materia de obligaciones en la actualidad.

A nivel nacional, Fernández (2012:27), siguiendo la doctrina alemana refiere que "la obligación será una específica relación jurídica patrimonial de naturaleza compleja", entendiendo a la misma como "una estructura orgánica que comprende no una sino varias relaciones jurídicas de orden inferior que correlacionan situaciones de deber poder".

"La relación jurídico obligatoria u obligación, es una relación jurídico compleja, englobante de otra u otras relaciones jurídicas simples, llamadas vínculos jurídicos, que establecidas entre dos o más sujetos

de derecho, están dirigidas a que alguno de ellos, obtenga determinados bienes servicios mediante la cooperación de la otra o el intercambio de dichos bienes o servicios mediante una recíproca cooperación". Fernández (2012: 26).

En similitud, Palacios y Núñez (2004: 48) consideran a la obligación como una relación jurídica compleja:

"Dicha complejidad no pasa por la existencia de uno o más vínculos, de una o más correlaciones de deber y poder, sino porque dentro de cada correlación se incorporan (eventualmente) una serie de deberes, facultades, cargas, etc., adicionales a la relación crédito-débito, que determinan que la situación jurídica de poder no sea de puro poder y que la situación jurídica de deber no sea de puro deber". Palacios y Núñez (2004: 48).

Tanto Fernández como Palacios y Núñez precisan que "la complejidad de la obligación no radica en la existencia de varias relaciones de poder y deber, sino que dentro del poder y del deber que existe dentro de la obligación, se desarrollan otras situaciones jurídicas simples, que implican que el crédito y débito sean situaciones jurídicas complejas".

Carneiro (2007: 156) señala que "hoy es un dato descontado por la ciencia jurídica que la relación jurídica obligatoria alberga en su seno, sin perjuicio de su unidad, una pluralidad de elementos que se pueden identificar útilmente para comprender su régimen, ella constituye, por consiguiente, una realidad compleja", en igual sentido se pronuncia Di Majo (2007: 113) quien indica que "las obligaciones representan una realidad compleja, que no puede ser reducida a los términos de una situación subjetiva de poder y deber".

Asimismo, Messineo (1971: 23) reconoce que:

"Las reglas en materia de obligación, en general disciplinan, como es natural, los derechos del acreedor y los deberes del deudor; pero no exclusivamente, puesto que también el deudor puede alegar derechos (por ejemplo el de liberarse del vínculo obligatorio), que es eminentemente temporal; del que deriva algún instituto particular,

como medio de liberación, en caso de mora del acreedor) y también al acreedor le incumbe un deber: el de no obstaculizar ilegítimamente el cumplimiento por parte del deudor, entre otras situaciones jurídicas”.

Cristóbal (1990:83), manifiesta enérgicamente que un concepto de obligación desde la perspectiva del deber del deudor o del derecho del acreedor, solo deforma y mutila el concepto haciendo que se caiga en exageraciones conceptuales.

“Si el discurso unilateral, por tanto no nos hace progresar en la formulación del concepto de obligación, sino que más bien produce el apartamiento del recto camino, parece que no existe otra vía que ensayar la visión del conjunto, la de contemplar el instituto en su totalidad, intentando abarcar los diversos aspectos que el mismo supone y reduciéndolos a una unidad superior y superadora, a la manera de la recogida por de los *membra disiecta* que vagan sin sentido y sin utilidad conceptual en todas aquellas construcciones que tan sólo se fijan y resaltan en demasía uno de los dos aspectos de la figura obligatoria” (Cristóbal 1990: 83).

Hasta este punto y luego de indicadas las falencias que las definiciones tradicionales de obligación representan, podemos señalar que compartimos la posición de la doctrina que considera a la obligación como una relación obligatoria de naturaleza compleja.

Cuando señalamos la importancia del estudio y comprensión de las situaciones jurídicas subjetivas indicamos que estos conceptos representan **“piezas” para crear conceptos jurídicos más complejos. Uno de estos conceptos es la obligación.** La doctrina jurídica es unívoca al reconocer que la obligación es una relación jurídica entre dos sujetos cuyo eje central es el deber de prestación. No obstante, dicho elemento no es el único que engloba la obligación. Justamente la nueva perspectiva de obligación como **“relación obligatoria”, sin desconocer la importancia del** deber de prestación, reconoce que dentro de la estructura de la obligación existen otras situaciones jurídicas subjetivas, a parte del tradicional derecho de crédito y deber de prestación.

Las reglas que establece el derecho de obligaciones se han inclinado principalmente a proteger el deber de prestación como si se tratase de la obligación en sí. Esto es un error, ya que la obligación como situación jurídica compleja engloba conjuntamente con el deber de prestación, otros deberes, facultades y cargas; de esta manera la situación que tradicionalmente se configuró como una situación activa o de ventaja, contendrá en su interior otras situaciones jurídicas más simples como las facultades, las cargas y los deberes, así mismo, la situación jurídico pasiva contendrá no solo deberes sino también intereses a favor de su titular, el deudor.

2.4. La definición de obligación en el Código Civil de Perú

La doctrina no es partidaria de incluir conceptos o definiciones en cuerpos legislativos debido a que por la evolución de la sociedad los conceptos declarados en una norma pueden quedar fácilmente desfasados o no ser lo suficientemente omnicomprensivos cayendo en desuso.

Por lo señalado, ni el ordenamiento civil francés, ni el Código Civil Italiano, ni el español, cuentan con una definición de obligación. El único cuerpo normativo que postula un concepto "es el Código Civil Alemán, cuando en su parágrafo 241 establece que en virtud de la relación obligatoria el **acreedor está autorizado a exigir al deudor una prestación**". Cristóbal (1990:76).

No obstante lo señalado, lo indicado en el parágrafo 241 del BGB no es más que otra definición de corte tradicional, que asemeja la obligación al deber de prestación, el verdadero concepto extendido de obligación se encuentra Capítulo 7 del BGB. Cristóbal (1990:76).

Siguiendo esta línea, en el sistema jurídico peruano no existe un concepto legislativo de obligación.

Al respecto, Palacios y Núñez (2004:30,31) manifiestan que "el concepto de obligación debería encontrarse por cauce natural en el Código Civil", sin embargo, concluyen que en esta norma no existe un concepto expreso pero si referencia tangencial a éste, en diversos artículos, de cuyo análisis "podemos extraer hasta 3 posibles acepciones de obligación".

Del análisis del artículo 1161 del Código Civil, referente a obligaciones alternativas y facultativas, Palacios y Núñez (2004: 31) concluyen que dado que “el obligado alternativamente a varias prestaciones solo debe cumplir una”, entonces “el codificador ha identificado los conceptos de obligación y prestación”.

Asimismo, del artículo 1133 del Código Civil, el cual señala que “el obligado a dar un conjunto de bienes ciertos, informará sobre su estado cuando lo solicitare el acreedor”, Palacios y Núñez (2004: 31) concluyen que “el concepto de obligación del código civil peruano comprenden únicamente la situación de deuda”.

Los autores señalados consideran que existe una tercera acepción del concepto de obligación, que concluyen a partir del análisis del artículo 1221 del Código Civil:

“No obstante, existe también una tercera acepción que asimila el concepto de obligación a una estructura de orden superior. Ello se extrae de la lectura del artículo 1221 del Código Civil, en la que se establece que no puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen. Como se aprecia aquí se diferencian los conceptos de obligación del deber de prestación el cual pasa a ser uno de sus elementos” (Palacios Martínez y Núñez Sáenz 2004: 31).

Aunado al análisis que realizan Palacios y Núñez, consideramos que de una lectura de los artículos del Código Civil dedicados a la mora, el incumplimiento y la resolución del contrato, nuestro legislador, sin incluir una definición expresa de obligación, tiene una clara inclinación hacia la definición tradicional que se caracteriza por identificarla con el derecho de crédito y su elemento principal la prestación y/o que exalta el lado pasivo de la obligación.

2.5. El contenido de la relación jurídica obligatoria

En éste capítulo hemos procurado hacer énfasis en la posición que considera a la obligación como como un concepto jurídico complejo que no puede definirse solo desde la perspectiva del vínculo o de uno de los

sujetos que participa de la relación jurídica obligatoria.

La obligación al ser una situación jurídica compleja, engloba una serie de situaciones jurídicas simples. Tradicionalmente se ha definido a la obligación desde la perspectiva del crédito o del débito, considerando a estos conceptos como situaciones jurídicas simples, omitiendo que a su vez el crédito y el débito engloban otras situaciones jurídicas, por lo que el derecho de crédito y el débito se constituyen en situaciones jurídicas complejas dentro de la obligación.

Por ello, a fin de tener un panorama completo de lo que significa la relación obligatoria, analizaremos el contenido del derecho de crédito y del deber de prestación, lo que nos permitirá comprender la verdadera extensión de lo que es la obligación.

2.5.1. El derecho de crédito y su contenido

El derecho de crédito es una situación jurídica que se encuadra dentro de la situación jurídica del derecho subjetivo, a la que ya hemos definido como poder, sin embargo, no se limita a ello.

De acuerdo a Zatti (2003:11) "la prestación caracteriza al derecho de crédito, que como se sabe es una posición de pretensión o de poder, pero a la vez, la situación del acreedor implica un deber, el deber de lealtad *correttezza*, del artículo 1175 del Código Civil Italiano, deber jurídico (*obbligo*) de colaborar con el deudor para poder exigir la prestación".

Para Díez Picazo (1996:125) "el crédito es el derecho que el acreedor ostenta, para obtener la satisfacción de su propio interés y que se concreta fundamentalmente en la posibilidad de exigir del deudor aquella conducta patrimonialmente valiosa que es la conducta de la prestación".

"Los créditos son derechos dirigidos contra la persona del deudor, a quien imponen el deber de realizar un acto, ese acto se denomina prestación". A decir de Messineo (1971: 4) "el derecho de crédito es personal en un doble sentido: corresponde a una persona y se alega frente a una persona".

De acuerdo a Messineo (1971:6), "el crédito es poder, en el sentido de que

al acreedor le es conferida la pretensión a la prestación". El autor citado, luego de realizar el análisis de las características que distinguen el derecho de crédito del derecho real indica que "el crédito con sus caracteres de relatividad y de necesidad de la cooperación del deudor, demuestra desde luego que es un derecho subjetivo", posición que comparten los autores previamente citados.

Compartimos la definición del crédito como un derecho subjetivo, consideramos además que el crédito es situación jurídica compleja en la cual el acreedor no solo tendrá poderes, sino también cargas y deberes.

Al respecto, Barchi (2005: 158) señala:

"El crédito implica la posibilidad de una pretensión unida a la exigibilidad de una prestación o de un acto del propio sujeto, resultando claro que el núcleo del crédito queda constituido por la prestación (*anspruch* para los alemanes); sin embargo, reducirlo a exigir la prestación a cargo de su deudor es simplificar exageradamente el concepto" Barchi (2005: 158).

Previamente a señalar cuál es el contenido de éste derecho, es necesario indicar que estamos de acuerdo con la posición de la doctrina que lo desliga de ser un sinónimo de obligación. Así Von Tuhr (2007: 2) indica que "la palabra obligación tiene dos acepciones" **las cuales se indican a continuación:**

1. "En sentido estricto, se entiende por obligación, un determinado crédito.
2. En sentido amplio, se designa con la palabra obligación a la relación existente entre dos personas, cualquiera que sea el fundamento a que corresponda, y de la que nacen uno o varios créditos. Más bien que de obligación, debe hablarse de relación obligatoria". Von Tuhr (2007: 2).

La distinción que evoca Von Tuhr (2007:2,3) resulta importante para entender por qué no debe equipararse el término obligación o relación obligatoria al crédito, sobre este punto indica lo siguiente:

- a) "Es raro que una relación obligatoria engendre solo un crédito, así acontece sin embargo en algunos casos, como en el préstamo sin interés. La relación obligatoria en sentido amplio abarca también los derechos accesorios de crédito y los derechos potestativos.
- b) La relación obligatoria siempre y cuando que no se establezca en ella condición ni término, brota al cerrarse el contrato. El crédito puede nacer a la par que la obligación o surgir en momento ulterior, sobrevenir en el transcurso de la obligación, también finalizar la relación obligatoria.
- c) Por regla general, los créditos son susceptibles de cesión. Más la relación obligatoria perdura entre las mismas personas para quienes se creó.
- d) Los créditos se extinguen al ser cumplidos y en los demás casos que marca la ley: remisión, novación, confusión, imposibilidad de cumplir, compensación, prescripción extintiva. En el caso de las relaciones obligatorias rigen causas muy distintas: transcurso del tiempo, desistimiento o finalización del contrato, liquidación mediante cumplimiento de todos los créditos de la relación obligatoria. Esta diversidad de causa de disolución hace muchas veces que el crédito sobreviva a la obligación que brotó" Von Tuhr (2007: 2,3).

De acuerdo a lo señalado hasta el momento por los autores citados, el derecho de crédito forma parte del derecho subjetivo, a la vez, sintetiza y engloba una serie de situaciones jurídicas simples, siendo las facultades las manifestaciones del derecho mismo.

Al respecto, el derecho de crédito contiene diversas facultades entre las que destacan: la pretensión, la ejecución y la disposición, las cuales desarrollaremos a continuación.

La pretensión

Para Von Tuhr (2007: 7,8) "la pretensión es la médula del crédito y la facultad más importante de éste". **El referido autor señala que "la**

pretensión generalmente se identifica con el crédito”, sin embargo, agrega que en el ámbito de las obligaciones, el derecho de crédito y la pretensión se distinguen por lo siguiente:

1. “Existe crédito tan pronto se adeuda la prestación del acreedor. En cambio, para que exista pretensión es necesario que el acreedor pueda reclamar, es decir el crédito debe estar vencido.
2. La pretensión es la facultad más importante, aunque no la única que encierra el crédito” Von Tuhr (2007: 7,8).

Diez Picazo (1996:126) elabora una definición de pretensión centrándose en su calidad de facultad dentro del derecho de crédito cuando indica, “La pretensión es la facultad de exigir la prestación, consiste en la posibilidad de formular una justa pretensión frente al deudor y reclamarle la adopción del comportamiento debido”.

La doctrina coincide en considerar a la pretensión como una facultad dentro del derecho de crédito, que se traduce en la posibilidad de exigir su cumplimiento. La pretensión entonces no es más que la posibilidad de exigir la prestación para lo cual no debe existir plazo, modo o condición pendiente. De esta manera esta facultad nace cuando la obligación es exigible.

La facultad ejecutiva

Von Tuhr (2007:7) señala que “dentro del derecho de crédito también se encuentra la facultad del acreedor de imponer su derecho por la vía ejecutiva, que lo autoriza a intervenir el patrimonio del deudor”.

Diez Picazo (1996: 126) manifiesta que “la facultad de exigir la prestación va acompañada, como medida complementaria del poder de agresión sobre los bienes del deudor”.

Dentro del derecho subjetivo, existe un abanico de facultades, el crédito es un derecho subjetivo, por ello, además de contener una facultad de pretensión, existe una facultad ejecutiva que se produce cuando la primera no es satisfecha y se tienen que reconocer otro tipo de respuesta ante el

incumplimiento.

De acuerdo a lo señalado, la facultad ejecutiva sólo puede utilizarse si la primera facultad es decir la exigencia del cumplimiento no es realizada por el obligado y ello obedece a la máxima de la garantía genérica que representa el patrimonio del deudor para los acreedores ante la falta de cumplimiento.

Facultades de disposición

Diez Picazo (1996:127) señala que “el ejercicio del poder de disposición sobre un derecho subjetivo comprende la posibilidad de realizar actos de enajenación o transmisión del derecho en favor de personas, actos de constitución de derechos o de titularidades limitadas y actos de voluntaria extinción del derecho”.

Von Tuhr (2007:8) y Diez Picazo (1996:127) coinciden que “entre las atribuciones normales que encierra el crédito se encuentra la de poder disponer de él, remitiéndolo, aplazándolo, cediéndolo o pignorándolo, y caso el más importante de todos, haciéndose cargo de la prestación del deudor con efectos liberatorios”.

A decir de Barchi (2005:159) en nuestro país estas facultades permiten transferir el crédito, afectarlo en garantía o condonarlo.

El derecho a resarcimiento de daños

El artículo 1151 y 1152 del Código Civil Peruano **establecen que** “el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, que pueda atribuirse a culpa del deudor, permite al acreedor requerir el resarcimiento por daños y perjuicios que pudiera haberle ocasionado su deudor”.

Los derechos potestativos

Von Tuhr (2007:7) señala “entre los derechos potestativos que puede contener el derecho de crédito, se encuentra: el derecho de opción, de señalar un plazo, de provocar mediante un acto de denuncia el vencimiento del crédito y el derecho de compensación”.

Las excepciones

La principal excepción reconocida para el derecho de crédito, es la excepción de incumplimiento que no es más que “la facultad de rehusar otra prestación adeudada por el acreedor amparándose en su propio crédito”. Von Tuhr (2007:7,8).

El deber de cooperación al cumplimiento:

Hasta este punto, hemos identificado una serie de facultades “a favor” del titular del derecho de crédito. Sin embargo, como bien ha señalado la doctrina que considera a la relación obligatoria como una estructura **compleja** “no existen situaciones jurídicas de puro poder o de puro deber”.

Así como, el acreedor ostenta la facultad de exigir el cumplimiento (pretensión), recae sobre su conducta realizar las acciones u abstenciones necesarias para que dicho cumplimiento pueda producirse. De esta manera el acreedor no debe agravar la situación de su deudor ni dificultarle la liberación del vínculo obligacional.

Dado que este es el tema central de nuestra investigación, profundizaremos sobre su contenido y naturaleza en el Capítulo III.

2.5.2. La situación de deuda y su contenido

Diez Picazo (1996:141) manifiesta que “la deuda aparece, *prima facie* considerada, como un deber jurídico, que consiste en realizar en favor de otra persona un determinado comportamiento, que es la conducta de prestación”.

Para Giorgianni (2007:90) “la esencia del deber, es la limitación de la actividad del individuo, cuya acción está orientada a cierto comportamiento. Este concepto resulta importante para distinguir la obligación de otras situaciones jurídicas con las que puede confundirse”.

“De esta manera el deber que fluye de la obligación, no es el deber jurídico en sentido lato o genérico, sino que es un deber de contenido patrimonial que está destinado a satisfacer el interés de una persona determinada”. Giorgianni (2007:95).

Messineo (1971:7) señala que "se trata de un deber particular, es decir, que incumbe a un solo sujeto (deudor), y de ordinariamente en un sentido positivo implicará un deber entregar o deber hacer, existiendo también el deber negativo o deber de no hacer".

No obstante lo señalado, de acuerdo a Díez Picazo (1996: 141) y Barchi (2005:160) "se debe hablar de una situación de deuda, para hacer palpable que se trata de una situación compleja, cuyo contenido fundamental está formado por una porción de deberes jurídicos que pesan sobre el deudor, pero donde radican también facultades a través de las cuales el ordenamiento jurídico protege los legítimos intereses del deudor".

Por lo señalado, si bien la situación de deuda se caracteriza por la limitación y determinación de la conducta de otro sujeto, esto no es suficiente para que su concepto se limite al deber que evidentemente engloba. Esta situación jurídica que generalmente se define como una **posición "pasiva", cuando se centra la atención solo en el** deber del deudor, contiene otras situaciones jurídicas que deben ser desarrolladas.

El deber de prestación

Ha quedado dicho que el sujeto pasivo de la relación obligatoria está afectado por un deber jurídico, cuya sustancia consiste en que ha de realizar a favor del sujeto activo un determinado comportamiento, este comportamiento debido es lo que la doctrina denomina prestación.

Cristóbal (1990:84) manifiesta que: "**se** trata pues de un deber que se modula en torno a la conducta del sujeto obligado, conducta que cuando debe materializarse con determinados actos u omisiones origina una prestación, es decir, aquello que debe ser hecho (el genérico *praestare* de los romanos) para que el destinatario obtenga satisfacción del interés **contemplado**".

Díez Picazo (1996: 141,142) señala:

"La prestación es un deber jurídico que se concreta en la adopción de un determinado comportamiento que debe ajustarse a los rasgos

descritos en el programa de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria. Es, palmariamente, un deber de despliegue de actividad, pero tanto dicho esfuerzo como dicha actividad deben ser puestos en función de un resultado económicamente valioso en que se concreta el interés del deudor”

El comportamiento debido que engloba la prestación puede ser positivo o negativo, por lo que el comportamiento del deudor puede traducirse en un hacer, no hacer u abstenerse de hacer algo.

Derechos potestativos

Para Barchi (2005:161) “el deudor es titular de derechos potestativos como, por ejemplo, la liberación mediante la consignación y la elección tratándose de relaciones obligatorias con prestación de dar cosas inciertas o relaciones obligatorias con prestaciones alternativas”.

Facultades del deudor – facultad de liberarse de la obligación

Para Díez Picazo (1996: 146) “el deudor posee la facultad de liberarse de la deuda. El acreedor no solo no puede lícitamente impedir la liberación, sino que pesa sobre él la carga de colaboración para que esta liberación se haga posible”.

Sobre ésta facultad existe un sector de la doctrina que considera, que existe un error en denominar facultad al interés del deudor en su liberación, toda vez que, si fuera una facultad estaríamos ante un derecho del deudor a lograr su liberación. Para esta parte de la doctrina, el deudor tiene un interés jurídico en su liberación y esto no debe confundirse con un derecho. San Martín (2009.19).

Así tenemos a Poletti (2007:123) que indica que:

“El derecho del deudor de obtener su liberación por una vía distinta del cumplimiento no debe ser confundido con el pretendido derecho del deudor de cumplir. Lo cierto es que el acreedor no puede exigir del deudor más de lo que está permitido por un correcto ejercicio de su derecho: frente a un comportamiento del primero que pretenda,

abusando de su derecho, prolongar la relación más allá del tiempo previsto. Sale a la luz un interés jurídicamente relevante del deudor en liberarse del vínculo. No existe razón para asignar a dicho interés la vestidura formal de derecho subjetivo, porque dicho interés es asimilable al esquema del interés legítimo” Poletti (2007: 123).

En similitud, Barchi (2005: 161) considera:

“Dado que las facultades son consecuencias del derecho subjetivo que integran, el deudor, al ser titular de una situación jurídica pasiva, es decir, no titular de derechos subjetivos, no tiene propiamente facultades. Existe un interés jurídicamente protegido del deudor con relación a su liberación y a no ver gravada su posición como consecuencia de la omisión de la cooperación de acreedor, para lo cual se le otorgan los procedimientos liberatorios y la mora del acreedor”. Barchi (2005: 161, 162).

Cabe resaltar que de acuerdo a nuestra posición, el deudor sí tiene un interés en liberarse de la deuda y de no ver gravada su situación, interés que merece protección del ordenamiento jurídico. A decir de Osterling y Rebaza (2006: 12) “una regla distinta importaría otorgar incentivos al acreedor para que no cumpla con ejecutar los actos de colaboración y espere el momento más propicio para recién entonces practicarlos”.

Osterling y Rebaza (2006: 12) postulan como ejemplo “al acreedor que retrasa los actos de colaboración con fines especulativos, por considerar que el valor de la prestación pendiente de ejecución se incrementará en el futuro, lo cual no debe permitirse porque puede generar perjuicios o situaciones de desventaja para el deudor”. Los autores concluyen que “**éste** comportamiento es rechazado por nuestro ordenamiento, pues no cabe admitir que el deudor quede sujeto a la decisión del acreedor por plazo indefinido, teniendo que soportar las circunstancias adversas que se presenten como producto de dicho retardo”.

2.6. La buena fe, clases de buena fe y sus funciones

Hemos indicado que dentro de la estructura de la obligación, incluido en el derecho de crédito existe un deber de cooperación a favor del deudor.

No obstante lo señalado, existe un sector de la doctrina que reconoce la existencia del deber de cooperación no como parte de la estructura de la obligación desde su nacimiento (un deber que se encuentra dentro de la situación de crédito), sino, producto de un ejercicio de interpretación que se realiza conforme al principio de buena fe que logra integrar a la obligación con deberes que si bien no han sido explicitados por las partes bajo el ropaje de prestaciones, son exigibles en virtud a éste criterio.

Es por ello que hemos considerado conveniente dedicar un sector de éste trabajo a profundizar en éste punto.

“La buena fe tiene su origen en la *bona fides* del derecho romano. La buena fe, es comprendida actualmente como un principio, como un standard de conducta, como una cláusula normativa general, que cumple una función interpretativa e integradora de las relaciones jurídicas y en especial de los contratos. No obstante lo señalado, en el derecho romano caracterizado por el ritualismo y el formalismo esto no siempre fue así”¹.

“Como es recurrente para los romanos, no encontraremos normas generales, sino ejemplos de situaciones cotidianas de sus vidas, planteados en normas del Corpus Iuris Civilis que nos permitirán advertir que si bien una mención específica a un criterio general de buena fe no es posible en esa época, el concepto de corrección y lealtad ya se contemplaba intrínsecamente”. (Neme 2010: 177).

“De ello encontramos testimonio en Cicerón, quien en off. 3,14,58 hace tal anotación al contar la conocida historia del caballero romano Canio que es engañado por Pizio, un banquero de Siracusa. En efecto, este último, aprovechando el interés de Canio en adquirir una villa en esos parajes, monta toda una trama con ayuda de sus amigos, a fin de hacerle creer que la costa sobre la que está situada su villa es pródiga en pesca. Canio convencido engañosamente de tales bondades, suplica a Pizio que le venda la villa, la cual paga a un precio considerable; sin embargo, al día siguiente se encuentra con la desagradable sorpresa que allí no hay abundancia de pesca. No obstante lo evidente del engaño, Cicerón resalta que nada había

¹ “La buena fe como derecho interpretativo objetivo en los contratos de compraventa en el derecho romano”. Trabajo presentado por la autora en el curso de Derecho Romano de la Maestría en Derecho Civil de la PUCP, en el año 2016, el cual no ha sido publicado.

sido posible hacer contra la validez del acto, porque para aquella época no habían sido promulgadas las normas sobre el fraude que fueron luego obra de Aquilio Gallo” (Neme 2010: 177).

A decir de Díaz (2010: 7):

“El derecho romano clásico no conoció un sistema del contrato, sino un sistema de tipicidad de las figuras contractuales reconocidas por el ordenamiento, a las cuales debían atenerse los particulares en sus negocios a efectos de obtener tutela jurídica. Así, la tipicidad significaba la identificación de elementos estructurales que son propios de determinados negocios y no de otros”. Díaz (2010: 7).

Una vez las partes celebraban sus negocios conforme a los tipos previstos en la norma, estos eran reconocidos en el derecho romano como fuente de obligaciones y obtenían protección jurídica del sistema, si por el contrario, no se cumplía la tipicidad, entonces nos encontrábamos fuera de sistema jurídico y de su protección.

En el derecho romano el formalismo y tipicidad de sus figuras contractuales prevalecía sobre cualquier otro factor que pudiera incluirse en el análisis de su validez o eficacia. No obstante lo señalado, las bases para lo que actualmente reconocemos como buena fe se advierte de la distinción existente entre “acciones de derecho estricto” y “acciones de buena fe”.

Institutas, Libro IV, Título VI, 28

“Además, unas acciones son de buena fe y otras de derecho estricto, son acciones de buena fe las que nacen de la compraventa, del arrendamiento, de la gestión de negocios ajenos, del mandato, del depósito, de la sociedad, de la tutela, del comodato, de la prenda, de la división de la herencia, de la división de la cosa común, la que se concede con precisión de los términos (*actio praescriptis verbis*), la que se da para el caso del contrato estimatorio, la de la permuta, la de la petición de herencia. Pues aunque hasta ahora no estaba claro si esta última se debía incluir o no entre las de buena fe, una constitución nuestra ha resuelto sin lugar a dudas, que se incluya”.

“En las acciones de buena fe el juez tiene libertad para determinar, con arreglo a la equidad, lo que se debe entregar al demandante y también para tomar en cuenta las deudas recíprocas de ambos litigantes y, una vez hecha la debida compensación, condenar al demandado únicamente en lo que exceda su deuda. En cambio, tratándose de acciones de derecho estricto, se introdujo la compensación por un rescripto del Emperador Marco Aurelio, siempre que se pusiera de relieve la existencia de la deuda del demandante por medio de una excepción de dolo. Sin embargo, una constitución nuestra ha facilitado más las compensaciones, cuando se trata de casos cuyos fundamentos jurídicos aparecen claros; de suerte que el objeto de las acciones, ya sean reales, ya sean personales o de la clase que sean, queda rebajado por imperativo del derecho (*ipso iure*), exceptuándose únicamente la acción de depósito, pues hemos juzgado que sería una conducta en extremo desleal, la del depositario que opusiese cualquier tipo de compensación, y con este pretexto frustrase en el depositante la esperanza de **recobrar la cosa”**.

Ordoqui (2012: 136,137) refiere:

“En su origen todas eran obligaciones “stricti iuris” o sea, que provenían del derecho quiritarario (el derecho antiguo), donde todo era formalismo y ritualismo. Cada contrato tenía sujetos y palabras sacramentales ineludibles en su instrumentalización. Cumplidos estos ritos el acto generaba obligaciones y podría calificarse de contrato. Con la influencia del derecho de gentes y del derecho pretoriano se admitieron las llamadas **“iudicia bonae fidei”** por los que la obligación podía establecerse solo por cierto acuerdo de las partes”. Ordoqui (2012: 136,137).

Sohm (1936:342), señala que se aprecia que “existían en el derecho romano contratos que engendraban obligaciones precisas, taxativamente fijadas, y otros que solo entrañaban obligaciones indeterminadas y de antemano, al menos indeterminables. Los primeros se denominaron ***stricti iuris negotia*** o contratos de derecho estricto; los segundos, ***bonae fidei***

negotia, contratos libres o de buena fe”.

“Describe al negocio *stricti iuris* el hecho de que ellos obligan taxativamente a tenor de lo prometido o pactado. Aquí, las obligaciones del deudor se ajustan a la letra del contrato y a las normas típicas que rigen el mismo género” (Sohm 1936: 342).

“Por lo señalado no bastaba, prometer expresamente una prestación, cuando esta no integrara el contenido típico del correspondiente contrato, sino que sea una cláusula voluntariamente incorporada por las partes. Estos pactos que los romanos llaman *pacta adjecta* cuando se insertan en negocios estrictos, solo obligan adoptando la forma concreta de contrato verbal estipulatorio incorporado a aquel **que modifican, con lo cual pierden su condición de simples “pactos accesorios”**”. (Sohm 1936:343).

Para la extensión de los efectos de los *stricti iuris* debían agregarse estipulaciones, **asimismo para “el análisis en juicio de factores no contemplados en la fórmula se debía haber pactado la *exceptio doli*”**. (Sohm 1936:343).

“A diferencia de lo señalado, se encuentran los negocios jurídicos de buena fe, que no se limitaban al cumplimiento de lo prometido, sino que, además, imponían con carácter obligatorio todo aquello que sea exigible entre personas justas y leales”. (Sohm 1936:343).

“Los *bonae fidei iudicia* proveían la oportunidad de considerar los intereses de ambas partes en la valoración de las obligaciones que emanaban del negocio, así como de las prestaciones a cargo de cada una de ellas, pues antes de la introducción de dichos juicios el juez estaba limitado a determinar si la demanda elevada en la fórmula existía o no, mientras que la cláusula *ex fide bona* le permite al juez considerar integralmente la relación de las partes en su origen y en todos sus efectos, dentro del marco de las circunstancias que la rodean y de la conducta de los contratantes” (Neme 2010: 203).

Actualmente, podemos decir que la buena fe es aplicable a todos los negocios jurídicos, tal afirmación no era posible en el derecho romano.

La buena fe, por su importancia y la extensión de su aplicación, ha sido estudiada y analizada a fin de establecer su naturaleza y contenido. Se le ha atribuido la calidad de principio, de valor, de standard, de cláusula general, pese a esto, pocas veces es definida normativamente.

Para la emisión del concepto de buena fe, un importante sector de la doctrina ha partido de analizar los matices de su aplicación desde la perspectiva de los vínculos que pueden nacer entre las personas.

A decir de Roppo (2009: 460) "corrección es solo una de las expresiones empleadas para explicar el significado de buena fe, pero se proponen otras: lealtad, cooperación con la contraparte, sensibilidad a sus razones, salvaguarda de sus intereses y comportamiento solidario recíproco".

Pájaro (2015: 419) refiere que "los alemanes denominan a la buena fe *Treu und Glauben*. La expresión se compone de dos extremos: por un lado el derecho de confiar en las actuaciones de los demás (*Treu*) y por otro, el deber de honrar la confianza que los demás depositan en uno (*Glauben*)".

Para el derecho alemán la buena fe representa un valor fundamental. Para Medicus (1995: 74) "el BGB ha instalado el principio de buena fe en la cúspide del derecho de obligaciones: todas las relaciones obligacionales debían subordinarse a éste principio".

Nuestro código Civil reconoce a la buena fe como un criterio de interpretación del negocio jurídico, ello en atención sus artículos 168 y 1362, sin realizar distinción alguna entre los mismos, para poder efectuar su aplicación como sí se hacía en el derecho romano.

Para Fernández (2012: 755) la buena fe, desde la perspectiva de la interpretación del contrato, "es una medida de corrección a la cual se deben ceñir las partes. Esta medida está estrechamente relacionada con los usos sociales debido a que son estos los que definen cuáles son las medidas de corrección que se acostumbra seguir dentro de un determinado ambiente histórico social".

Partiendo del hecho que "la obligación es un vínculo entre dos sujetos determinados, el criterio de buena fe no puede tener su determinación

solo en los usos sociales, que son un estándar aplicable a un grupo de personas más extenso". En se sentido para Fernández (2012: 755):

"La buena fe, basada en usos sociales o criterios externos, tiene un límite de una actuación precisa dentro de lo que le fija el actuar de las partes, ya que justamente son las manifestaciones de voluntad de los sujetos intervinientes en el acto jurídico en general o, en el contrato en particular, las que busca interpretar, que se ven reflejadas en sus declaraciones y comportamientos, los cuales se traducen en la confianza recíproca que debe existir hacia las declaraciones de la otra parte y conforme a la cual siempre será posible entender el significado del contrato mientras no existan razones objetivas de incertidumbre" Fernández (2012: 755).

La buena fe puede dividirse en buena fe subjetiva y buena fe objetiva, desde el punto de vista subjetivo, corresponde a la creencia del sujeto que considera actuar de acuerdo a los parámetros de buena fe y en un sentido objetivo, es un estándar de comportamiento que se exige especialmente en relación a los contratos.

Para los fines de nuestra investigación nos centraremos en la buena fe objetiva. La buena fe objetiva es considerada una importantísima fuente de integración del vínculo obligacional que se genera luego de celebrado el contrato. De acuerdo al artículo 1362 del Código Civil Peruano, "las partes deben negociar, celebrar y ejecutar los contratos de acuerdo a la buena fe", de esta manera la regla de la ejecución conforme a la buena fe da sustento a la integración del contrato, o mejor dicho del vínculo obligacional que nace de su celebración.

Roppo (2009:461) señala que "la buena fe es criterio de integración del contrato: sirve para determinar contenidos y modalidades de las prestaciones o los comportamientos contractuales debidos o prohibidos".

Asimismo, Roppo (2009:461) se cuestiona "si se trata de una fuente de integración supletoria o está en el campo de la integración imperativa". Para nosotros, la buena fe como fuente de integración tiene una función imperativa, por lo que, los deberes que ella imponga, pueden considerarse de origen legal, siendo en consecuencia, plenamente exigibles.

En relación a lo señalado, un amplio sector de la doctrina nacional, entre ellos Cienfuegos (20016:218), León (2004:4) y Morales (2013:13) consideran que el artículo 1362 del Código Civil Peruano, contiene una cláusula normativa general.

La principal consecuencia jurídica de otorgar a la buena fe la categoría de cláusula normativa general, consiste en que “el acto debido según la buena fe asume su carácter de obligatoriedad en virtud de un fenómeno de integración contractual”. Morales (2013:14).

Para Morales (2013:14) el artículo 1362 del Código Civil contempla “un deber legal de buena fe, pero cuando se celebra un contrato, nace un deber contractual de buena fe con un valor jurídico único y concreto aplicable al contrato en **particular**”. Asimismo, el autor señala:

“Este deber requiere otro concepto para su mejor entendimiento: el reglamento contractual como «conjunto de cláusulas contractuales de las consecuencias jurídicas que originan, en una óptica subjetiva, las posiciones jurídicas activas y pasivas y justifican la mutación económico-contractual, de ahí que éste deber es una derivación de dicho reglamento contractual, por lo que cumple un rol fundamental en el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Morales (2013: 14,15).

En igual sentido, **De la Puente (2007: 34) refiere:** “En otras palabras, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, **convirtiéndola así en una buena fe civil**”.

Por ello, habiéndose establecido el carácter integrativo de la cláusula normativa general de buena fe, es fácil comprender por qué un sector de la doctrina considera a la cooperación como un deber que emana de este concepto y por tanto es plenamente exigible. Al respecto profundizaremos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III: LA COOPERACIÓN AL CUMPLIMIENTO Y SU NATURALEZA JURÍDICA

3.1. La cooperación como base de los contratos

El sistema jurídico advierte que las relaciones entre particulares se regulan mejor cuando estos conociendo sus intereses los reglamentan. El estado otorga una cuota de su poder a los particulares para que regulen sus intereses, a esto se denomina autonomía de la voluntad, asimismo, establece las reglas en las cuales pueden ejercer esa cuota de poder, denominando a éste espacio, que no es necesariamente físico, mercado y a las reglas que se utilizan para el intercambio de bienes y servicios, derecho de obligaciones.

La razón general del derecho de las obligaciones se encuentra en la naturaleza finita y limitada del hombre, que en su existencia y desarrollo no depende únicamente de las cosas exteriores, sino de las prestaciones de sus semejantes, porque cada uno debe buscar asistencia y apoyo en el otro a causa de su propia insuficiencia.

El hombre como ser libre, ser social y no autosuficiente, se obliga para cumplir con objetivos y satisfacer sus necesidades. Por ello podemos indicar que la obligación responde a un interés propio, sin embargo, también trasciende a la mera satisfacción de ese interés. Quien se obliga es consciente que sus mejores esfuerzos deben lograr satisfacer sus necesidades, pero también, mantener la cooperación de quienes lo rodean. Ello es así porque sus acciones tienen influencia sobre otras acciones.

Entonces, si el principal interés al momento en que se asume una obligación no es solo la satisfacción de una necesidad actual sino la permanencia en un ámbito de cooperación para lograr el intercambio permanente para la satisfacción de todas las necesidades que surjan durante la vida de un ser humano, la obligación no puede limitarse a términos de exigir limitando mi cooperación al mero aceptar intercambiar algo. La obligación no puede continuarse entendiéndose como un derecho personal o derecho de crédito solamente.

Adherido al estatus de “elegible” para generar relaciones de cooperación que el hombre desea mantener, es necesario recalcar que al utilizar su

autonomía de la voluntad, cuando el hombre se obliga proyecta un resultado (la satisfacción de su necesidad o de su interés), pero el análisis que realiza para obtener ese resultado no se limita a éste, sino que también engloba el visualizar lo que implicará lograr ese resultado, evocándose así la cooperación como pilar fundamental de la obligación que se asume.

De ésta manera si la obligación es un compromiso voluntariamente asumido, en el que somos conscientes del resultado que buscamos y del proceso que debemos transitar para conseguirlo, así como que existe un interés que trasciende a la satisfacción de la necesidad específica que se presenta en un específico espacio y tiempo, llegamos a la conclusión que el hombre debe cumplir fielmente sus compromisos por su propia utilidad actual y futura.

Esta relación no se agota en el derecho de crédito ni tampoco en el deber jurídico del deudor ya que la convergencia de voluntades en principio individuales conformarán una voluntad dirigida a un resultado en el que ambas partes están interesadas, por lo cual la reciprocidad y la cooperación, así como, el principio de buena fe avalarán que dentro de esta relación se encuentre relaciones de crédito y débito pero además cargas y deberes.

3.2. La cooperación – concepto

La cooperación es definida por la Real Academia de la Lengua Española como el **“Obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin”**.

La cooperación ha sido reconocida como un principio por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en adelante, Unidroit). El artículo 5.1.3 de las normas Unidroit, señala que **“una parte debe cooperar con la otra cuando esta colaboración sea razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”**.

Al respecto, en el comentario del artículo 5.1.3 de las normas Unidroit se indica:

“Un contrato no debe ser visto simplemente como un punto de encuentro de intereses contrapuestos, sino en cierta medida como

un proyecto común en el que cada parte debe cooperar, este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el principio de buen fe y lealtad negocial (Art. 1.7) que inspira el derecho contractual, así como atenuar el daño en el supuesto de incumplimiento.

La obligación de cooperación entre las partes, por supuesto, debe circunscribirse a ciertos límites (esta disposición hace referencia a **una cooperación que puede ser “razonablemente esperada”**), sin llegar a alterar la distribución de obligaciones de las partes para el cumplimiento del contrato. Aunque esta obligación se refiere principalmente al deber de no obstaculizar el cumplimiento de la contraparte, también juega como un llamado a una **cooperación activa entre las partes”**.

De acuerdo a lo señalado, para las norma Unidroit, la cooperación es un **principio que se define en términos de deber, “una parte *debe* cooperar con la otra”,** asimismo, **no distingue entre deudor y acreedor para su exigibilidad pues considera al contrato “un proyecto común”**.

Nos parece curioso resaltar lo indicado en el segundo párrafo del comentario del artículo 5.1.3 de las normas Unidroit, en el que se hace referencia a una **obligación** de cooperación, entendida principalmente como “la no obstaculización del cumplimiento de la contraparte”, o “una obligación de cooperación entre las partes”, ello porque si bien esta norma busca dejar en claro que la cooperación es exigible para ambas partes, **cuando se refiera a “no obstaculizar el cumplimiento” parece hacer** referencia explícita a la cooperación que debe prestar quien se ve favorecido por el cumplimiento, esto es el acreedor, con lo que, estaríamos ante una norma que reconoce de manera explícita la cooperación en sentido técnico que es la base de nuestra investigación.

Asimismo, en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos – Proyecto Lando, la colaboración (para efectos de este trabajo, cooperación), se encuentra reconocida como un deber general de los contratos en el artículo 1:202 en el que se indica:

“Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos”.

Conforme a lo señalado, este proyecto académico otorga a la cooperación la categoría de deber exigible entre las partes.

La cooperación, evoca el concepto de reciprocidad, que es la base de las relaciones entre las personas, tanto en sus vínculos personales como económicos; con la particularidad que cuando la cooperación se analiza desde la perspectiva de la obligación siempre estará orientada en función al resultado que buscamos (satisfacción de una necesidad o interés) mediante el compromiso que hemos asumido al obligarnos (plan contractual).

De lo indicado por San Martín (2009:5) debemos precisar que la cooperación puede adoptar múltiples significados, sin embargo siguiendo la línea de la autora citada desarrollaremos los conceptos de "cooperación en sentido genérico, deber de cooperación y cooperación en sentido técnico", advirtiendo al lector que es "la cooperación en sentido técnico o cooperación al cumplimiento" la base sobre la que sustentamos la posibilidad del uso del remedio de resolución ante su incumplimiento.

3.2.1. Cooperación en sentido genérico

San Martín (2009:5) indica respecto a la cooperación en sentido genérico, que "es el vínculo que enlaza a los humanos en virtud de la necesidad de cooperación de otro para la satisfacción de sus necesidades".

Esta sería la cooperación que se fundamenta en el reconocimiento del ser humano, respecto a lo limitado de sus recursos y lo ilimitado de sus necesidades, por ello, necesitamos de la cooperación de otros como otros necesitan la cooperación de nosotros, ya que sin esta cooperación y confianza en los otros, estaríamos limitados a lo que por nuestros propios medios, fuerza, creatividad o habilidades podamos procurarnos, si es que no existiera la posibilidad de un intercambio con otros sujetos.

3.1.2. El deber de cooperación que emana de la buena fe

Conforme a nuestro ordenamiento, la buena fe conlleva en las partes que celebran un contrato desde la negociación, no obstante es en la etapa de ejecución del contrato, de acuerdo a lo señalado por Wayar (2004: 32), en la que "la buena fe influye en la conducta del acreedor y del deudor en dos

sentidos: imponiéndoles el deber de obrar con lealtad, probidad, coherencia, etc., e impidiéndoles el ejercicio abusivo de sus derechos y facultades”.

Sobre la buena fe en la etapa de ejecución del contrato, De La Puente (2007:378) refiere que “en esta fase existe un deber contractual de buena fe”. El autor señala además:

“El deber de ejecutar de buena fe tiene como contenido esencial, el que se actúe lealmente a fin de que las prestaciones a cargo de una parte se cumplan de manera que resulten más beneficiosas para la contraparte, no significando esto sacrificios desmedidos de ninguna de las partes, por lo que concluye que la buena fe que se exige en la etapa de ejecución del contrato es la buena fe objetiva o buena fe lealtad”. De La Puente (2007:378).

Por su parte Pérez (2007:121) indica:

“La buena fe corresponde a un criterio moralizador del tráfico jurídico, por lo que, cuando se acude a ella se excede el marco jurídico incidiendo en un marco de contenido ético, que importa un obrar conforme a la honestidad, la lealtad y la previsibilidad. De esta manera se generará confianza entre las partes lo que conlleva a un clima óptimo entre las partes que proporciona la seguridad jurídica que todo sistema jurídico persigue”.

Considera además el autor citado, que “es en la etapa de ejecución en la que la buena fe objetiva tiene un rol de integración del contrato, o sea, el contrato obliga no solo a lo expresamente previsto, sino también a todo aquello a que conforme con la naturaleza misma del contrato y a tenor de la buena fe, deba derivarse” (Pérez 2007: 128).

Como indicamos en el capítulo precedente, nuestro Código Civil contiene una cláusula general de buena fe que cumple una función integrativa del contrato, de lo que deviene que los deberes que nazcan de su aplicación sean considerados como deberes de origen legal plenamente exigibles.

En conclusión, es a partir del principio de buena fe objetiva que se derivan

una serie de deberes que coadyuvan a la ejecución del contrato, es interesante que entre las opiniones de los autores citados se indique a la cooperación como uno de los valores que deben primar en el etapa de ejecución contractual.

No obstante lo señalado, de las opiniones indicadas, se exalta otros valores como la lealtad, la honestidad, la corrección y la confianza. Al respecto, reiteramos que de acuerdo a nuestra posición, la cooperación es simultánea a la buena fe, incluso dado que la buena fe es criterio que se impone a quienes pretenden vincularse o ya se encuentran vinculados, esta negociación o ejecución del contrato ha implicado una decisión de cooperación previa, lo que no obsta que la corrección y lealtad deban respetarse en esta decisión, así como en su ejecución, lo cual da sentido a una cooperación a nivel de ejecución de obligaciones que se sustenta en el principio de buena fe.

3.1.3. La cooperación en sentido técnico – cooperación al cumplimiento

Prado considera que “se ha esbozado un conjunto de teorías en base a la naturaleza jurídica de la cooperación al cumplimiento, sin embargo, en ninguna de ellas se ha profundizado respecto al contenido de este concepto”, opinión que compartimos plenamente.

Cabanillas (1988) realiza una investigación profunda sobre las cargas a cargo del acreedor, entre las cuales reconoce a las siguientes. a) “La carga de facilitación de la liberación del deudor” y b) “La carga de colaboración para que el deudor pueda ejecutar su prestación”.

En relación a “la carga de facilitación de la liberación del deudor”, Cabanillas (1988:72) señala que “el acreedor ha de realizar todo aquello que en su mano esté a fin de que el deudor pueda no sólo cumplir, sino también liberarse de la deuda. De ello se deriva un doble aspecto positivo y negativo: facilitar el cumplimiento del deudor y no agravar el empeño del deudor en realizar la prestación”.

Por su parte, sobre “la carga de colaboración para que el deudor pueda ejecutar su prestación” Cabanillas (1988:205) señala: “La cooperación al cumplimiento, implicará un colaborar a la liberación del deudor para la cual

se requerirá la colaboración del acreedor en todos aquellos casos en que es necesaria para que el deudor pueda ejecutar la prestación. Es una colaboración en la fase de ejecución del contrato”.

De acuerdo al análisis establecido por Cabanillas (1988:209), “la facilitación de la liberación del deudor y la cooperación del acreedor para que su deudor ejecute la prestación, son cargas a cargo del acreedor y no pueden concebirse como un deber de prestación o como un deber accesorio o deber de protección, porque faltan para tal caso las **características de los mismos**”.

En relación a lo señalado, no compartimos la posición de Cabanillas sobre la naturaleza jurídica de estos conceptos, las definiciones que realiza sobre la facilitación a la liberación del deudor y la cooperación del acreedor al cumplimiento son definiciones sumamente explicativas de lo que significa el deber de cumplimiento, por lo que nos ha parecido correcto traerlas a colación en este punto pese a no considerarlas cargas como lo indica Cabanillas.

Barchi (2005:167) al analizar la naturaleza jurídica de la cooperación que debe prestar el acreedor señala que “el comportamiento del acreedor para que pueda ser calificado como cooperación, debe ser necesario para el cumplimiento”.

Por su parte y a fin de esbozar un concepto de cooperación a cargo del acreedor, Prado (2016:2) realiza “una distinción entre obligaciones primordiales y deberes secundarios, funcionales o de conducta en los contratos”, siendo la colaboración del acreedor (cooperación al cumplimiento) parte del segundo grupo.

De este modo para Prado (2016: 6) “el deber de colaboración del acreedor constituye un deber secundario o funcional, ya que permite a las partes obtener el cumplimiento de las **principales prestaciones del contrato**”.

Por su parte, San Martín (2009:8,9) indica:

“La necesaria intervención del acreedor en el desarrollo de la relación obligatoria está principalmente relacionada con la cooperación al

cumplimiento, sin embargo, no es el único caso. Así en virtud del deber de cooperación se impone al acreedor deberes de información, deberes de gestión de los bienes del deudor, cuando estos quedan en su poder; deber de conceder prórrogas a fin de facilitar el cumplimiento". San Martín (2009:8,9).

San Martín (2009:12) indica además que "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 acreedor". A su vez, "esta concurrencia puede ser dividida en: concurso preliminar, concurso integrado y concurso sucesivo al cumplimiento".

"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. Ejemplo de ello es procurar materia prima, otorgar instrucciones". San Martín (2009:13).

"Concurso integrador: se trata de los actos del acreedor necesarios para la ejecución misma de la prestación. Ejemplo de ello es la elección que realiza el acreedor en las obligaciones alternativas, o la verificación de la obra realizada por el deudor". San Martín (2009:13).

"Concurso sucesivo al cumplimiento: en este caso la cooperación del acreedor no es indispensable para el cumplimiento. Aquí la cooperación consiste en otorgar al deudor un medio de prueba idóneo para repeler un ulterior cobro de la misma prestación". Ejemplo de esto es la entrega de recibo. San Martín (2009:13).

Asimismo, Osterling y Rebaza (2006:12) indican en relación a los actos de colaboración del acreedor, **que** "son aquellos que debe prestar el acreedor para que el deudor pueda cumplir con su obligación, lo cual puede apreciarse desde dos perspectivas: la de facilitar el cumplimiento del deudor y la de no afectar la conducta del deudor para ejecutar la prestación".

Como se puede apreciar de la doctrina citada, la cooperación del acreedor puede analizarse desde diversas perspectivas, sin embargo, todos

coinciden en que la cooperación al cumplimiento es un tipo de cooperación especial ya que no es la cooperación general que pueda esperarse de un semejante, sino la cooperación que el acreedor debe proporcionar a su deudor para que este pueda ejecutar su prestación y en consecuencia pueda liberarse sin realizar mayores esfuerzos que los inicialmente previstos.

Para efectos de nuestra investigación, la cooperación al cumplimiento se considera un deber a cargo del acreedor cuyo cumplimiento es necesario en la etapa de ejecución del contrato. Este deber exige al acreedor prestar su cooperación en todos los actos del contrato en los que su manifestación de voluntad sea necesaria para la continuación del plan para la ejecución del contrato y para superar los eventos que puedan modificar ese plan a fin de lograr que se lleve a cabo el cumplimiento de la obligación.

Con ello no nos referimos a la pluralidad de actos que implica la ejecución del contrato, la cooperación al cumplimiento contendrá los actos de cooperación que se han indicado expresamente en el contrato a cargo del acreedor, los actos que sin estar expresamente contemplados están a cargo del acreedor porque una norma supletoria así lo indica y por último pero posiblemente el supuesto que representa la mayoría de los casos, los actos que sólo pueden estar a cargo del acreedor para cooperar en la ejecución del contrato independientemente de que dicho deber se haya indicado en el contrato o en una norma supletoria; siempre y cuando, ésta cooperación sea indispensable para el cumplimiento de los fines del contrato.

Compartimos la opinión de Cabanillas respecto a las manifestaciones del deber de cooperación al cumplimiento: cooperar con la ejecución y no agravar la situación del deudor. Consideramos que si el acreedor presta su cooperación a la ejecución del contrato, ello devendrá en que el deudor pueda cumplir con su obligación y por tanto liberarse de la misma, cuando el cumplimiento no sólo dependa de su voluntad, sino del apoyo que debe prestar su acreedor.

El ejemplo clásico de la cooperación necesaria para el cumplimiento es el caso del pintor que requiere la presencia de quien será representado en el

cuadro para ejecutar la prestación, en este ejemplo siempre se indica que quien contrata los servicios del pintor, es la misma persona que debe posar para él. Reformulemos el ejemplo clásico. Imaginemos que la **Revista "Imagen" contrata los servicios de un reconocido fotógrafo a fin de** que realice las tomas fotográficas de un grupo de famosas modelos. El contrato de prestación de servicios indica expresamente que la prestación a cargo del fotógrafo es tomar las fotos de las referidas modelos a cambio de lo cual recibirá una contraprestación dineraria, el contrato además establece que las gestiones para la participación de las modelos en dichas fotos serán realizadas por la revista. En este caso la contratación de las modelos es una actividad que se encuentra a cargo de la revista, ellas deben asistir al lugar coordinado con el fotógrafo para que éste pueda elaborar las fotografías y entregarlas en el plazo pactado.

Nuestro ejemplo se refiere a un contrato con prestaciones recíprocas, existe la prestación de hacer que concluye en un dar, a cargo del fotógrafo y la otra prestación a cargo de la revista, correspondiente a entregar una suma de dinero (prestación de dar). En este caso la actividad indispensable que debe realizar la revista para que el fotógrafo pueda cumplir con la prestación a su cargo, está en la contratación y coordinaciones que la revista debe realizar con las modelos, no obstante, estas actividades no son el objeto de la prestación a cargo de la revista, ya que su prestación sólo es el pago por el servicio brindado.

Otro ejemplo que podemos traer a colación para ilustrar el funcionamiento de éste deber, está en el contrato de prestación de servicios que realiza una consultora con una entidad del estado. Al respecto el objeto de este contrato radica en que la consultora modernice y dote de eficiencia los procedimientos administrativos que se realizan en esta entidad, es decir, el producto que se debe entregar corresponde a una reformulación de los procesos a fin de hacerlos más céleres y eficientes. Al respecto el contrato establece que la prestación será entregada en 3 entregables. El primer entregable contendrá las conclusiones sobre las falencias detectadas en los procedimientos tal cual se están ejecutando al momento de la suscripción del contrato.

Para la ejecución de la prestación a cargo de la consultora, es decir el análisis y propuesta de mejoramiento de los procedimiento de la entidad,

en principio debe tener acceso a la información pertinente que solo puede serle proporcionada por la propia entidad, sin esa información, la consultora no puede iniciar la ejecución de la prestación a su cargo, corriendo el riesgo que los plazos establecidos venganzan y se le impute el incumpliendo.

De los ejemplos indicados, podemos concluir que el deber de cooperación al cumplimiento adopta su contenido dependiendo del análisis que se realice caso por caso, de lo que resulte indispensable para que el deudor pueda cumplir con su prestación siempre y cuando ello dependa exclusivamente de su acreedor.

Habiendo explicado qué debe entenderse por deber de cooperación al cumplimiento o deber de cooperación en sentido técnico, corresponde profundizar en la naturaleza jurídica de éste concepto. Al respecto, la doctrina ha postulado tres teorías. La doctrina mayoritaria se inclina por considerar a la cooperación al cumplimiento como una carga, no obstante también existen posiciones doctrinarias que la consideran una obligación o un deber.

3.1.3.1. La cooperación al cumplimiento como obligación

En el derecho francés es Demogue citado por Cabanillas (1988:94) quien hace mención a una "*obligation de collaboration* del acreedor. El deudor tiene derecho a una determinada colaboración por parte del acreedor".

"Resulta exagerado decir que el deudor es el único obligado, tal como se señala desde una perspectiva demasiado unilateral. Pesan sobre el acreedor varias obligaciones: no debe, con su conducta, gravar la posición del deudor; debe con sus actos, facilitarle la ejecución de la obligación y, en especial, prestarse a la ejecución; de aquí la teoría de mora del acreedor" Cabanillas (1988: 94).

Falza, citado por Cabanillas (1988:102), señala que "el concurso del acreedor es el contenido de un verdadero y propio deber jurídico que tiene un carácter secundario y complementario en relación con el deber de prestación". Su posición se sustenta "en el resarcimiento por daños y perjuicios que se otorga en casos de *mora creditores*, el cual es un remedio propio del incumplimiento de deberes, asimismo, en el hecho que

de acuerdo al concepto de carga ningún interés de tercero (en éste caso el deudor) es perjudicado por su inobservancia, como sí sucede en el incumplimiento de la cooperación del acreedor”.

“La figura de la carga es inidónea para definir la posición subjetiva del acreedor en lo concerniente a la actividad de cooperación. El acreedor, al rehusar el concurso al cumplimiento, pone en juego no **tanto su propio interés como, sobre todo, el interés del deudor”** Cabanillas (1988: 102).

Para Falzea citado por Cabanillas (1988: 103) “la *mora accipiendi* es una de las causas de incumplimiento imputables al acreedor. Esta teoría busca evitar un injustificado desequilibrio entre las posiciones del acreedor y del deudor en el marco de la relación obligatoria”.

Rugiera citado por Cabanillas (1988: 99) indica que “el acreedor no tiene una obligación de recibir, en cambio, tiene la obligación de no impedir que el acreedor se libere de su sujeción”.

Sobre esta posición Padilla (1983: 275) indica que:

“Si se considerara que el deudor tiene el derecho de pagar, el acreedor estará sujeto a la obligación de recibir dicho pago, sin embargo, se caería en el error, de considerar que si el deudor tiene el derecho de cobrar y también la obligación de recibir el pago, **sucedará que nos encontramos ante una suerte de “derecho obligatorio”**. Si así fuera nos encontraríamos con que toda obligación tendría dos deudores y dos acreedores, lo cual es técnicamente inadmisibles”.

Sobre la cooperación al cumplimiento considerada como obligación existen cuestionamientos sobre la congruencia e interdependencia que debe existir entre las situaciones jurídicas que la obligación engloba. En principio se alega como oposición a este sector de la doctrina, que la cooperación al cumplimiento se encuentra a favor del deudor que es la parte pasiva de la relación obligatoria, por lo que no tiene la capacidad de exigir su cumplimiento al no existir un derecho al cumplimiento. Ello, porque de reconocerse esto se estaría ante la situación de un deudor que a la vez es

acreedor no de una prestación sino de la cooperación de su contraparte.

Al respecto, se ha señalado además, que la cooperación al cumplimiento para poder ser considerada como obligación, debe haberse previsto como tal por las partes del contrato.

Por último, los críticos de esta posición consideran que si bien debe rechazarse un estado de sometimiento perenne del deudor a su acreedor cuando esto sucede por responsabilidad de este último, ello no implica el reconocimiento de una obligación a cargo del acreedor sino de un interés del deudor a no permanecer obligado.

3.1.3.2. La cooperación al cumplimiento como carga

La doctrina mayoritaria sostiene que la cooperación que debe prestar el acreedor es una carga.

Autores como San Martín (2011:24) manifiestan que “sólo cuando el contrato tutele el derecho del deudor a cumplir se puede decir que la cooperación del acreedor es objeto de obligación, fuera de este campo puede hablarse, a lo más, de una carga para el **acreedor**”.

Cattaneo señala que “si el concurso o la cooperación del acreedor constituyese el contenido de una obligación análoga a la del deudor, caería necesariamente la base y la justificación práctica de la *mora accipiendi* como fenómeno distinto de la *mora solvendi*. Se llegaría a la absurda conclusión de atribuir una acción de condena frente al sujeto activo, lo cual está en contradicción con el derecho positivo”. Cabanillas (1988:105)

Cabanillas (1988:106) señala al respecto, que “la cooperación no es debida, sino que su falta es asumida como criterio para imputar al acreedor un riesgo inherente a la ejecución del contrato. El acreedor, desde esta perspectiva, solo puede ser gravado con una carga de cooperación”.

Cristóbal (1990:95) considera que “el crédito no puede contener facultades ya que éstas son propias de los derechos subjetivos”. Sobre la llamada facultad de liberación del deudor señala:

“No es propiamente que el deudor tenga la facultad de liberarse, sino que ello es tan solo una instrumentación del deber de prestación que soporta: si ha de pagar ha de encontrarse en situación de hacerlo, y esta posibilidad no es más que un vehículo jurídico de su deber. Valga lo mismo en relación a la oferta de pago y consignación, que algunos han querido configurar como un verdadero derecho subjetivo del deudor, sin advertir la *contradictio inadiecto* que ello implica, otros lo reducen a facultad jurídica, cuando realmente no pasa de ser una simple actividad de cooperación a desarrollar por el acreedor que se configura como una carga que afecta al mismo”.

A nivel nacional encontramos a Espinoza (2015:11) quien indica que **“la naturaleza jurídica de la situación de cooperación del acreedor es una carga”.**

“En mi opinión, lejos de considerar que el deudor tiene el “derecho de pagar”, entiendo que tiene el “legítimo interés – vale decir, una situación jurídica de ventaja inactiva– a liberarse de la obligación”: el pago es una situación jurídica de desventaja activa que no puede ser –al mismo tiempo– de ventaja”.

Asimismo, Barchi (2005:166) señala:

“Nosotros consideramos que el acreedor no tiene el deber de cooperar, pero el derecho no puede dejar desprotegido al deudor condenándolo a mantenerse vinculado indefinidamente. El derecho tutela el interés del deudor de liberarse de la obligación y a no ver gravada su posición frente a la negativa injustificada del acreedor en cooperar”.

En crítica a esta posición, se encuentra Padilla (1983: 276) quien indica que **“si conceptuamos la carga como la necesidad de adoptar determinada conducta para la obtención de un beneficio o simplemente para hacer efectiva una ventaja, se desdibuja el instituto, pues se evoca el ejercicio por parte del acreedor de un derecho potestativo”.**

“Dicho de otro modo: si entendemos por carga un imperativo del propio interés, a diferencia de la obligación, que también es un

imperativo, pero del interés ajeno, reducimos el derecho subjetivo creditorio a un mero poder, al tiempo que lo asilamos del *ius solvendi debitorio*" Padilla (1983: 276).

La doctrina que sostiene que la naturaleza jurídica de la cooperación al cumplimiento es una carga, coincide en dos puntos, el primero referente a no reconocer la facultad de pretensión al deudor para exigir su cumplimiento, en atención a un juicio de falta de coherencia, si se reconocieran juicios de condena para la parte activa de la relación obligatoria y el segundo punto es el reconocimiento de un interés del deudor a su liberación. En conclusión, esta posición reconoce un interés a favor del deudor pero no el poder de exigirlo.

Sobre el concepto de derecho subjetivo hemos concluido que corresponde al interés y poder atribuido a un sujeto, para la protección de sus intereses y actividades, que han merecido un juicio de protección por parte del sistema jurídico.

En relación a la cooperación al cumplimiento un amplio sector de la doctrina ha reconocido a favor del deudor el interés de liberarse, más no el poder de hacerlo, por lo que no se configuraría el denominado derecho a la liberación al no concurrir los dos elementos que configuran el derecho subjetivo. Compartimos la posición de la doctrina que no reconoce a la cooperación al cumplimiento como un derecho subjetivo, sin embargo, nos oponemos a que se trate solo de una carga

La carga ha sido definida como el despliegue de un comportamiento o actividad a cargo de un sujeto para la satisfacción de sus propios intereses. Cuando se postula que la cooperación al cumplimiento es una carga, se sustenta que ello es así, porque el acreedor no tiene el deber de cumplir, es decir no existe un acto debido a favor de otro sujeto, sino un acto necesario para obtener o mantener un beneficio propio, por ello el deudor al carecer de una pretensión encaminada a su exigibilidad, solo cuenta con un legítimo interés.

Al respecto, Espinoza (2001) señala sobre el legítimo interés:

"El legítimo interés es una situación jurídica de ventaja inactiva que

se encuentra dentro de una relación jurídica de complementariedad con un derecho subjetivo (situación jurídica de ventaja activa). El titular del derecho subjetivo tiene que ejercer el mismo de manera discrecional. Caso contrario se configura un abuso de derecho que lesiona el legítimo interés”.

De acuerdo al análisis realizado por Espinoza (2001:3), debemos distinguir la etapa pre y post patológica del legítimo interés. En este caso, dado que **el interés legítimo es una “situación jurídica de ventaja inactiva,** su satisfacción no dependerá de su titular, sino de su contraparte, el titular del derecho subjetivo”.

Mientras el titular del derecho subjetivo respete el interés de su contraparte ejerciendo su derecho si abusar del mismo, nos encontraremos en la etapa fisiológica de la interrelación entre derecho subjetivo e interés legítimo. No obstante, si el titular del derecho amenaza o pone en peligro el legítimo interés, la relación se verá afectada y nacerá el derecho de acción para el titular del interés afectado.

Espinoza (2001:3) señala: “Al lesionarse el legítimo interés se genera el derecho de acción por parte del dañado. Con ello, la situación jurídica de ventaja no deja de ser inactiva, sino que, a través del derecho de acción se llega a tutelar a la misma”.

Consideramos que esto es lo que sucede cuando en un derecho de crédito, el titular del mismo, ejerce su derecho dificultado o impidiendo la liberación de su contraparte, el deudor, quien ostenta el legítimo interés asu liberación y que si **bien en la etapa “fisiológica” de la interrelación** entre derecho subjetivo e interés no cuenta con un poder de acción; sí adquiere este poder en la etapa patológica de la relación, cuando se lesiona o amenaza su interés.

Por lo señalado, la cooperación que el acreedor debe prestar a su deudor para permitirle cumplir y en consecuencia liberarse, más que afectar la propia esfera jurídica del acreedor, afecta el interés de su contraparte, por lo que no cumple con las características de la situación jurídica subjetiva de la carga.

3.1.3.3. La cooperación al cumplimiento como deber

En relación a ésta posición Falzea citado por Cabanillas (1988:102) señala que “el concurso del acreedor es un propio y verdadero deber jurídico que tiene un carácter secundario y complementario en relación con el deber de prestación”, sustentado su posición en que “ante la mora del acreedor se otorga la posibilidad de resarcimiento de daños y perjuicios para el deudor, lo cual es el remedio típico ante el incumplimiento de deberes”.

Wayar (2004:27,28) en similar con esta posición indica que la situación jurídica del acreedor es compleja. “El acreedor ha dejado de ser un sujeto que cuenta sólo con poderes y facultades y ahora también es sujeto pasivo de ciertos deberes de conducta jurídicamente obligatorios”. En ese sentido, respecto a los deberes de cooperación, el autor indica que “son de la más variada índole y naturaleza, dependiendo siempre de la obligación de la cual derivan, al respecto distingue dos deberes de cooperación a los que considera primordiales:

- a) Deber de no agravar la situación del deudor.
- b) Deber de contribuir con la materialización del pago”.

En igual sentido, San Martín (2011:19) manifiesta que “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 pago”.

Por su parte, Prado (2016:2) postula distinguir entre “obligaciones principales y deberes secundarios, funcionales o de conducta al interior del contrato, indicando que la cooperación del acreedor pertenece a este segundo grupo”.

Al respecto, Padilla (1983:277,278) considera que “el acreedor tiene el deber de recibir la prestación en tanto se verifiquen determinados supuestos, indicando que el deber de recibir se localiza jurídicamente como un modo de ser aún todavía más amplio que el deber creditorio: el deber de colaboración o cooperación”.

Falzea (2011: 31) postula la existencia de “un derecho del deudor a la cooperación del acreedor”. Al respecto señala que existen intereses económicos y extra económicos que dan sustento a la existencia de este derecho. Como posición correlativa a un derecho se encuentra el deber, por ello ante el derecho a la cooperación del acreedor, existirá un deber de cooperación al cumplimiento exigible al acreedor. Hacemos en este punto la precisión de no compartir con Falzea la perspectiva de un derecho a la cooperación del acreedor, sin embargo, muchos de los argumentos por los cuales sostiene la existencia de un deber de cooperación si son compartidos por nuestra posición.

Falzea (2011:31) reconoce la existencia de un “interés del deudor en la economía de la relación obligatoria” y considera a éste interés como punto de partida para el desarrollo de su postura. Señala el referido autor que “la permanencia del crédito es considerada una pasividad y por tanto una desventaja para el deudor que limita su libertad, en sentido opuesto, para el acreedor la permanencia del crédito será un activo y por tanto una ventaja”².

La permanencia del crédito implica una incidencia en la esfera jurídica del deudor, que en principio viene permitida por el acuerdo de las partes, sin embargo, la permanencia indefinida del mismo es contraria a la protección de la ley.

“En conclusión, es una necesidad práctica que hoy la interferencia de otros en su propia esfera jurídica no vaya más allá de los límites establecidos por la ley, y que, en consecuencia, una vez alcanzados los límites de tiempo dentro de los cuales la interferencia estaba circunscrita, cesen la carga y regrese la esfera jurídica a expandirse dentro de su espacio original”³. Falzea (2011:32).

No obstante, la reconocida existencia de un interés del deudor de tipo patrimonial representado por su interés en liberarse de la obligación, Falzea (2011:33) señala que el deudor también puede ostentar un interés de tipo extrapatrimonial.

² Traducción libre de la autora.

³ Traducción libre de la autora.

“En efecto el pago representa en sentido concreto, para aquel que paga, una pérdida patrimonial, por ello es un sacrificio. Un sector de la doctrina considera que el único interés que se protege (en el caso del deudor) es el interés a la liberación del vínculo obligatorio, sin embargo, desde un punto de vista más amplio, también existe un interés del deudor al cumplimiento, esto puede sustentarse en un valor moral o incluso patrimonial, por ello, el derecho debe proteger todos los razonables intereses que el deudor pueda tener en el cumplimiento de la prestación”⁴. Falzea (2011:33).

Para ilustrar su posición Falzea (2011:33) postula como ejemplo lo **establecido en el artículo 1236 C.C. italiano en el cual se señala que “el acreedor puede renunciar a su crédito mediante remisión, pudiendo concluirse que el deudor logra la liberación del vínculo (con lo cual quedaría satisfecho su interés, si es que su interés solo fuera la liberación), en este caso incluso realizada la renuncia, se permite al deudor refutar la remisión y obtener el efecto liberatorio mediante el cumplimiento realizando la oferta real”**⁵, en este caso entendemos que el deudor no solo tiene interés en extinguir el vínculo sino también en lograr ejecutar aquello a lo que se comprometió. Como ejemplo podemos indicar aquella obra de gran envergadura y exposición que un escultor quiere ejecutar no solo por la contraprestación dineraria que recibirá si no por el reconocimiento y exposición de su obra.

“La posición del deudor en la relación obligatoria se plantea bajo el perfil teleológico como interés a conseguir la liberación mediante el cumplimiento. El bien jurídico al cual este interés esta direccionado no resulta entonces íntegramente definido de la idea de liberación, pero exige una referencia específica al medio a través del cual tal resultado se consigue, así como una completa definición del bien que forma el objeto del derecho de crédito, requiere que se dé adecuada relevancia a la prestación del deudor. Y porque, el cumplimiento es usualmente construido de un hecho de cooperación entre dos sujetos de la relación, cuyos intereses se bifurcan en resguardo de la prestación del mismo deudor y del aporte del acreedor”. Falzea (2011: 35,36).

⁴ Traducción libre de la autora.

⁵ Traducción libre de la autora.

Falzea (2011:40) señala como un argumento más para reforzar su posición, que el derecho de crédito no es un derecho absoluto, en el cual solo debe tomarse en consideración el interés del titular. Al respecto **indica: “En la relación obligatoria existen conjuntamente el interés del acreedor a la prestación como el interés del deudor de ejecutar la prestación y liberase del vínculo. No se puede hablar para el acreedor de una absoluta disponibilidad del derecho a la prestación, en el sentido y en los términos en que se admite para el propietario, en relación a la absoluta disponibilidad del derecho sobre la cosa”.**⁶ Falzea (2011:40).

“Yo puedo botar por la ventana mi dinero porque con ello solo afecto mi propio interés, pero no puedo legítimamente mandar de regreso a casa al deudor que pretende cumplir, porque con eso perjudico su interés, retardando la liberación y obligándolo a recurrir a procedimientos complejos para disolverse el vínculo, con un gasto de actividad que va más allá de los límites de su obligación y, por lo tanto, esto debe ser compensado”.⁷ Falzea (2011:40).

Señalados estos argumentos, Falzea (2011:50) no desconoce que existe **un sector de la doctrina contraria a su posición, cuyo “cuestionamiento principal es la aparente antítesis entre el derecho y la obligación (en sentido estricto)”.**

“La experiencia jurídica, sin embargo, muestra hipótesis siempre más complejas de interferencia entre posiciones subjetivas e impone rectificar la idea tradicional, más bien, simplista y abstracta, de la antítesis entre lado activo y lado pasivo de las relaciones que se quieran formar”.⁸ Falzea (2011:50).

“El cumplimiento como ya se ha notado, implementa los intereses de ambos contratantes, constituyendo en un tiempo un evento satisfactor respecto al acreedor y un evento liberatorio respecto al deudor. Con ello viene delimitada la recíproca esfera de intereses de los sujetos de la relación y en consecuencia resultando definidos los límites del derecho del acreedor en cuanto orientado a la satisfacción de una determinada

⁶ Traducción libre de la autora.

⁷ Traducción libre de la autora.

⁸ Traducción libre de la autora.

expectativa".⁹Falzea (2011:51).

La posición de Falzea reconoce la existencia del interés del acreedor a ver realizada la prestación, sin embargo, su interés debe ejercerse dentro de **específicos límites. "El contenido de tal derecho esta de hecho constituido** por una serie de facultades, reflejando el comportamiento debido del deudor (facultad de pretender o pretensión) y la disponibilidad del derecho mismo (facultad de disposición), por lo que, el espacio de libertad del sujeto activo se agota en la jurídica facultad de pretender la prestación y en aquella de disponer del crédito". **Falzea (2011:51).**

"Las mencionadas obligaciones representan la especificación del más general deber que la ley impone al titular de cada derecho subjetivo, a cualquier categoría a la que pertenezca, de no traspasar los límites de las facultades concedidas por el orden jurídico, aumentando el agravio del sujeto pasivo".¹⁰ Falzea (2011:53,54).

"El crédito se convierte en un privilegio del sujeto activo, pero precisamente porque, como tal, comporta una limitación de la libertad del sujeto pasivo, el titular de ello debe tener una rigurosa observancia de los límites dentro de los cuales el privilegio fue acordado. Cualquier abuso, como por ejemplo, el de prolongar indebidamente la duración de la relación, constituye una lesión de la esfera de interés del otro, y tiene que ser ejemplarmente condenado".¹¹ Falzea (2011:54).

"La restricción impuesta por la ley al acreedor, con respecto a la actividad solutoria, implementa precisamente la protección de la parte económicamente débil, cuya debilidad ha sido censurada por nuestros textos"¹². Falzea (2011:54).

"El titular del crédito es por tanto libre de ejercitar o no la pretensión, pero una vez que la contraparte haya realizado o preparado la prestación, surge la necesidad jurídica de proporcionar la cooperación, para no hacer vano el sacrificio soportado por el deudor y no perpetuar el costo material y social

⁹ Traducción libre de la autora.

¹⁰ Traducción libre de la autora.

¹¹ Traducción libre de la autora.

¹² Traducción libre de la autora.

que acompaña el permanecer con el vínculo”.¹³Falzea (2011:55).

“Este juego de los intereses y de las correlativas posiciones jurídicas de los protagonistas de la obligación, emerge con particular relevancia cuando se pone en mente las hipótesis en las cuales la cooperación del acreedor incida claramente en el perfil liberatorio del cumplimiento: por ejemplo, la emisión de la letra de cambio a quien realiza el pago. El acreedor que no rechaza las sumas indicadas en el título, pero rechaza la devolución del mismo título, viola una regla jurídica que protege los intereses del deudor, es decir, viola el derecho del deudor a obtener su liberación definitiva mediante el **pago**”.¹⁴ Falzea (2011:55).

“En relación al fenómeno de cooperación, del cual depende el resultado natural de las obligaciones, existe por tanto un deber jurídico entre las partes, deber que en los dos casos difieren, por intensidad y grado, pero que sigue siendo un deber de conducta”. Falzea (2011:57).

“La verdad de la tesis que defendemos tiene una reputación en cuanto a la posibilidad de que la contribución del acreedor sea objeto de una obligación legal específica o del acuerdo expreso de las partes, o por ley. Si de hecho tal obligación que, como veremos, tiene, en la hipótesis propuesta, la misma sanción legal que la obligación principal del deudor, es compatible con el derecho al crédito, la obligación ordinaria del acreedor debe ser compatible, que en cambio tiene una posición subordinada y una sanción atenuada con respecto a la del deudor. Falzea (2011:58).

“La tesis que apoyamos tiene una prueba en la posibilidad que la cooperación del acreedor forme parte de una específica obligación jurídica o por expresa estipulación de las partes mismas, o por dictado de la ley. Si por tanto, tal obligación que, como veremos, tiene en la hipótesis propuesta, la misma sanción jurídica que la obligación principal del deudor, resulta compatible con el derecho de crédito, a mayor razón debe resultar la obligación ordinaria del acreedor, que en cambio tiene una posición subordinada y una

¹³ Traducción libre de la autora.

¹⁴ Traducción libre de la autora.

penalización mitigada con respecto a la del deudor". Falzea (2011:58).

"El problema de la doctrina que contradice nuestra postura, está precisamente en que no tiene suficientemente profundizada la estructura del fenómeno obligatorio, y no ha sabido distinguir la aparente unidad de la relación, impidiendo así la vía para individualar, junto a la hipótesis excepcional en la cual la cooperación del acreedor forma parte del objeto de una obligación principal, la hipótesis ordinaria en el que constituye objeto de una obligación accesoria". Falzea (2011:58,59).

Para Falzea (2011:59) **"los medios predispuestos por la ley para la tutela del interés del deudor en el seno de la relación obligatoria, confirman los resultados propuestos por su teoría que clasifica el interés del deudor al cumplimiento como un derecho subjetivo, por el cual existe una obligación real de cooperar por parte del acreedor". Los remedios a los que hace referencia el autor son los siguientes:**

1. El poder de constituir en mora al acreedor.
2. El derecho a obtener una invitación del acreedor para ser liberado de la obligación.

No obstante considerar la existencia de un derecho al cumplimiento, Falzea distingue el interés del acreedor del interés del deudor y establece un orden de prelación **entre éstos. "La jerarquía que hemos encontrado en el plano de los intereses se proyecta al plano jurídico formal en una correspondiente jerarquía entre las posiciones de los dos sujetos de la relación obligatoria. El derecho del deudor a la cooperación resulta por tanto estructuralmente subordinado al vínculo del crédito a la prestación y viceversa la posición de prestación asume una posición de preeminencia respecto a la obligación de cooperar".**¹⁵ Falzea (2011:81,82).

Falzea (2011:82) manifiesta que cuando se hizo mención a que por explícita voluntad de las partes o por disposición de la ley se imponga al acreedor la obligación específica de cooperar, se puede considerar a primera vista que se trata de una repetición inútil de lo que ya existe en la

¹⁵ Traducción libre de la autora

estructura de la obligación, sin embargo, en estos casos, la específica imposición de la cooperación viene acompañada de particulares consecuencias jurídicas, el autor señala que el efecto principal es que el derecho del deudor se traslada de la posición subordinada al mismo nivel del derecho del acreedor. Las posiciones de los dos sujetos vienen a existir en el mismo plano y tienen los mismos medios de tutela jurídica. Falzea (2011:84) a modo de conclusión establece.

- a. **“Todas las veces en las cuales la relación** de crédito requiere para ser cumplido, la cooperación del sujeto activo subsiste, junto al vínculo principal que liga el deudor al acreedor respecto a la actividad de prestación, un vínculo secundario que, en sentido opuesto al primero, liga al acreedor al deudor respecto a la actividad de cooperación.
- b. La mora del acreedor surge cuando se ha dejado sin cumplir la obligación secundaria de cooperación del acreedor, así como la mora del deudor surge cuando se ha dejado de cumplir la obligación principal de prestación del deudor.
- c. La oferta real constituye un medio suplementario de realización del interés subordinado del deudor y absuelve por tanto, una actividad correspondiente a aquello que en el plano de la relación principal, es propuesto como la institución **de la ejecución forzada**”.¹⁶

De lo indicado hasta aquí, podemos concluir que las posiciones que consideran a la cooperación al cumplimiento como un deber, lo hacen en virtud de dos vertientes, a) encuadrándolo dentro de la situación jurídica de crédito, cuando se indica que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la prestación, pero **“debe” además “recibirla”** y b) como deber emanado del principio de buena fe, ello se advierte de la distinción que la doctrina realiza entre obligaciones principales (como sinónimo de prestación) y los deberes no explicitados en el contrato pero que derivan de su análisis a través de la perspectiva de la buena fe.

Para nosotros, el deber de cooperación al cumplimiento, es un deber que se encuentra en la estructura de la obligación, en su calidad de situación

¹⁶ Traducción libre de la autora

jurídica compleja. Al ser un deber exigible a la parte activa de la relación obligatoria, es decir el acreedor, es necesario dejar claramente establecido que no es un deber de prestación, sin embargo, sí se encuentra dentro de la situación de crédito que ostenta el acreedor. Este deber de cooperación al cumplimiento es exigible en la etapa de ejecución del contrato y puede sintetizarse en 2 genéricas situaciones: no gravar la situación del deudor y facilitar el cumplimiento, de lo que se concluye que el contenido de lo que se puede comprender por no gravar o dificultar el cumplimiento deberá concluirse del análisis que se realice caso por caso.

Si ya indicamos que el objeto de nuestro análisis es un deber, ¿Cuál es su fuente? Cuando analizamos a la buena fe, indicamos que en nuestro ordenamiento jurídico, la buena fe es reconocida como una cláusula normativa general en el artículo 1362, que cumple una función integrativa de los deberes que emanan del contrato.

Superada la concepción tradicional de obligación que centra su atención en el deber de prestación, se reconoce una figura de mayor amplitud representada por la relación obligatoria, en la que advirtiéndose el vínculo entre dos sujetos que ostentan situaciones jurídicas complementarias, no se desconoce que esta relación no se limita a aquellas situaciones jurídicas que pueden considerarse clásicas o de fácil reconocimiento dentro de la obligación, esto es el crédito y el débito, sino que, dentro de esta estructura existen otras situaciones jurídicas como las cargas, los deberes y los intereses, entre otros.

De esta manera, la situación jurídica de crédito y la situación jurídica de deuda ya no se identifican con situaciones jurídicas de naturaleza activa o pasiva respectivamente, si no que la situación de crédito tradicionalmente identificada con una posición de fuerza y exigencia, se ve complementada por otras situaciones como las cargas y los deberes. Asimismo, la situación jurídica pasiva del débito, ya no es solamente la situación destinada a cumplir, porque se reconoce que ese deber no implica la exigencia de ejecución del mismo sin ningún nivel de observancia del interés que el deudor también tiene respecto del fin de la obligación.

Por ello, cuando analizamos este especial deber de cooperación que recae en el acreedor, consideramos que debe encuadrarse dentro de la situación

jurídica del crédito.



CAPÍTULO IV: REMEDIOS APLICABLES AL INCUMPLIMIENTO DE LA COOPERACIÓN AL CUMPLIMIENTO Y SU INSUFICIENCIA PARA LOGRAR LA DESVINCULACIÓN DEL CONTRATO

En palabras de Moisset (2016:247) “en el pago hay siempre la colaboración, la cooperación entre acreedor y deudor, sin esta cooperación, sin ese obrar en conjunto, no se puede realizar el pago”.

Trimarchi (1989:359) señala que “el cumplimiento de las obligaciones de dar no es posible si el acreedor no se presta a recibir la cosa entregada, por ello las obligaciones de dar requieren por regla, una cierta cooperación de parte del acreedor”.

Consideramos que no solo las obligaciones que concluyen en un dar requieren la cooperación del acreedor para su cumplimiento, ya que la cooperación del acreedor no puede reducirse a un mero recibir. Todos los vínculos obligatorios requieren en mayor o menor medida un grado de cooperación entre las partes. Si bien, es cierto que no toda cooperación que deba prestar el acreedor se puede considerar indispensable para el cumplimiento del plan contractual, también es cierto que su cooperación siempre será necesaria en mayor o menor medida durante la ejecución de un contrato.

Como indicamos en el capítulo precedente el deber de cooperación al cumplimiento tiene dos sentidos: a) El deber de cooperación al cumplimiento exige al acreedor prestar su cooperación en todos los actos del contrato en los que su manifestación de voluntad sea necesaria para la continuación del plan para la ejecución y para superar los eventos que puedan modificar ese plan a fin de lograr que se lleve a cabo el cumplimiento de la obligación y b) Como consecuencia de lo anterior lograr la liberación del deudor a través de un acto final que es el pago.

No podemos desconocer que existirán situaciones en las cuales el acreedor contará con motivos justificados para no prestar su cooperación, sin embargo, en éste capítulo, desarrollaremos el supuesto de una negativa injustificada al cumplimiento de éste deber.

La falta de cooperación por parte del acreedor proporciona al deudor dos

remedios por excelencia: el pago por consignación y la mora del acreedor.

Sobre el particular, el Código Civil Peruano desarrolla estos remedios en sus artículos 1251 y 1338, sin embargo, estas respuestas jurídicas, atenuarán las consecuencias de la falta de cooperación del acreedor pero no liberarán al deudor de la relación jurídico contractual en todos los casos.

En relación a lo señalado, nos parece adecuado traer a colación lo indicado por Osterling y Castillo (2008: 904) cuando manifiestan que “las obligaciones nacen para cumplirse, razón por la cual la mecánica de existencia de una obligación y del derecho positivo que la sustenta se dirige a obtener aquella finalidad natural, cual es el cumplimiento o pago en la relación obligacional”.

Si en palabras de los autores citados, “las obligaciones tienen efímera vocación de existencia, ya que por lo general, el deudor no se obliga a pagar en tiempo impreciso y lejano, sino en tiempo determinado y cercano”, por qué, los remedios que se otorgan al deudor que quiere cumplir y que se ve impedido a hacerlo por culpa de su acreedor no le permiten su liberación del vínculo.

De lo señalado se advierte, que los remedios previstos ante la falta de cooperación del acreedor, al no garantizar la liberación del deudor, generan una situación evidentemente injusta para una de las partes de la obligación que queda al arbitrio de la otra, en un estado de sujeción que va más allá de lo que su proyección original de la obligación que asumía previó.

Consideramos que existe un problema en la posición de nuestro Código Civil respecto al tratamiento que se otorga a la cooperación al cumplimiento, ello en virtud de los límites que los remedios que analizaremos a continuación representan para el deudor.

4.1. El pago por consignación y su restricción a obligaciones de dar

La consignación es una forma de pago que busca la liberación del deudor. Esta forma de pago se activa ante la imposibilidad de realizar el pago de manera directa y espontánea, de acuerdo a la forma establecida en el

contrato, debido a diferentes factores, tales como la falta de cooperación del acreedor o la incertidumbre de la titularidad del derecho de crédito, entre otros.

Al respecto, Osterling y Castillo (2008:555) postulan una lista de las posibles "causas que autorizan al deudor para realizar el pago por consignación", entre ellas señalan las siguientes:

- "Negativa del acreedor a otorgar recibo.
- Rechazo a las reservas que se formulen al tiempo de pago.
- Negatividad del deudor a la remisión de la deuda.
- Incapacidad del acreedor para recibir el pago.
- Ausencia del acreedor.
- Incertidumbre en el derecho del acreedor.
- Desconocimiento de la persona del acreedor.
- Un crédito embargado.
- Una deuda pignorada.
- Redención de hipotecas". Osterling y Castillo (2008:555).

Sobre este punto, se advierte que el pago por consignación no es un remedio que solo se produce ante la falta de cooperación del acreedor, ya que existen otras situaciones que pueden permitir el uso de ésta figura, sin embargo, la razón de ser de éste remedio, sí es básicamente obtener la liberación del deudor, porque existe un sometimiento que el sistema jurídico considera injusto mantener.

Realizada la distinción precedente, advertimos que dado el objeto de nuestra investigación, nos centraremos en el supuesto de pago por consignación que derive de la falta de cooperación del acreedor.

Hinostroza citando a Wayar (2001:247) señala:

"Cuando el deudor deseoso de poner fin al vínculo jurídico que lo somete patrimonialmente a su acreedor, encuentra obstáculos que impiden o imposibilitan la realización de un pago normal o natural, debe acudir a los mecanismos previstos por la ley que le permiten la obtención de su liberación coactiva, aunque los obstáculos provengan precisamente de su acreedor". Wayar (2001:247).

“El orden jurídico frente al conflicto de intereses que el problema supone, valora ambas conductas y encuentra injusta la negativa o falta de colaboración del acreedor que impide la liberación del deudor y decide proteger al deudor autorizándolo a liberarse, aunque el interés del acreedor no quede íntegramente satisfecho”.

Respecto al pago por consignación, la doctrina distingue claramente dos momentos, el ofrecimiento de pago y la consignación, el primer momento sirve para establecer la situación del acreedor a quien no se le puede realizar el pago ya sea por su falta de cooperación o porque no se tiene certeza de la titularidad del derecho; y la segunda que es la consignación en sí, que es el momento en el que se consuma el pago. Osterling y Castillo (2008:556).

En las líneas precedentes, indicamos que el pago por consignación es una forma de extinción de la obligación. Al respecto, habiendo evocado la distinción entre las etapas que existen en la consignación cumplimos con precisar que la doctrina señala que solo la consignación es una forma de pago, pues el ofrecimiento, es solo una fase preparatoria de ella, en ese sentido, solo la consignación produce el efecto liberatorio.

4.1.1. ¿Qué intereses protege la consignación?

Hinostroza citando a Wayar (2001:251,252) considera que el pago por consignación protege un interés del deudor, pero también un interés social.

a. Protección del interés del deudor

Wayar (2001:251,252) sostiene que dado que “en la obligación existe un sometimiento patrimonial del deudor al acreedor, el deudor tiene el legítimo interés de liberarse”, **ello porque** “el patrimonio del deudor conforme a la concepción tradicional, constituye la prenda común de los acreedores”, por ello, “fácilmente se advertirá que mientras menos acreedores tenga mayor será la garantía que puede ofrecer a los demás; en consecuencia, cuando uno de sus acreedores impida u obstaculice su liberación, el orden jurídico debe poner en manos del *solvens* la posibilidad de su liberación coactiva. El interés de este así lo impone y el derecho no puede dejar de prestarle la debida protección”.

“En suma, siempre que una persona debe soportar el peso de una obligación, tiene – correlativamente- un legítimo interés en lograr la liberación de ese peso. Y es ese interés del deudor el que se protege mediante el mecanismo del pago en consignación”. Wayar (2001:251,252).

b. Protección del Interés social

No es solamente el interés individual del deudor el que queda satisfecho mediante el mecanismo de la consignación; también el interés social se fortalece con esa solución.

Hinostroza citando a Ospina (2001:252), establece una serie de supuestos por los que el deudor tiene interés en culminar el vínculo con su acreedor, entre ellos señala: “a) evitar que se sigan causando intereses a su cargo, b) extinguir las garantías reales que graven sus bienes o la personal de sus fiadores, c) evitar indemnizaciones de perjuicios en que puedan incurrir por su propia mora o por la pérdida o deterioro de la cosa debida, d) evitar una acción resolutoria por incumplimiento del contrato que genera su obligación”.

Advirtiendo las posibles contingencias que se pueden generar para el deudor de permanecer vinculado a la relación obligatoria, Ospina considera que “es justo que la ley declare la validez del pago realizado aún a pesar de su acreedor y que consagre un procedimiento formal para establecer la mora creditoria y para que el deudor extinga su obligación y las garantías de ella mediante la consignación de lo debido”.

Consideramos en relación a lo señalado por Hinostroza, que el principal interés que protege el pago por consignación es el interés social, retomando lo señalado en el primer capítulo, el efecto liberatorio que la norma prevé, supera la voluntad **del titular del “derecho” al pago. La liberación es un resultado que el sistema jurídico quiere y posibilita a través de ésta herramienta.**

En conclusión el sistema jurídico busca promover el nacimiento de obligaciones pero también quiere que éstas cumplan su finalidad natural, el pago, para esto contempla la posibilidad de una liberación coactiva a

través del remedio de pago por consignación.

4.1.2. Características del pago por consignación

Autores como Osterling y Castillo (2008:551) señalan que la consignación “constituye una situación anormal e inidónea ya que nace cuando el deudor no puede pagar directamente al acreedor la prestación debida, no obstante cumple con la finalidad de extinguir el vínculo obligacional”.

Al tratarse de una opción alternativa a lo que se puede denominar un cumplimiento normal, el pago en consignación procederá siempre y cuando se cumplan con los requisitos que establezca la ley.

Al respecto, es el artículo 1251¹⁷ del Código Civil Peruano el que si bien no define el pago en consignación, sí establece claramente su efecto liberatorio y los requisitos exigibles para poder utilizar esta figura jurídica.

Autores como Osterling, Castillo (2008:553,557) e Hinojosa (2001:253) proponen los siguientes requisitos:

a. Debe existir una obligación

“La existencia de una obligación líquida y exigible. Como se advierte no solo debe existir previamente la obligación, sino que esta debe poder ser cumplida de inmediato, es decir no estar sujeta a modo, condición o plazo que aún esté vigente”.

En conclusión, la obligación debe encontrarse en un estado en que el deudor pueda pagarla respetando los principios del pago.

b. Manifestación de voluntad pago y negatividad a aceptarlo

El deudor debe tener la voluntad de pagar, esta voluntad se concreta

¹⁷ “El deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida y concurren los siguientes requisitos:

1.- Que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida, o lo hubiere puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación.

2.- Que, respecto del acreedor, concurren los supuestos del Artículo 1338º o injustificadamente se haya negado a recibir el pago. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de incomparecencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehúse a entregar recibo o conductas análogas”.

mediante el ofrecimiento de pago al acreedor. Para el caso que buscamos analizar, es decir el pago por consignación que se sustenta en la falta de cooperación del acreedor, es necesario que también exista la manifestación de voluntad del acreedor de la que se derive su negatividad a aceptar el pago o a realizar los actos de cooperación tendientes a permitir el cumplimiento.

c. La imposibilidad de realizar el pago directamente

El deudor puede encontrarse en imposibilidad de pagar al acreedor, por su negativa injustificada o por otras circunstancias que impidan el pago directo.

“El supuesto típico para el pago en consignación es la negativa injustificada del acreedor o de la persona autorizada a recibir el pago, sin embargo, debe tenerse en consideración si esta negativa se sustenta en motivos legítimos como que el pago no es íntegro o idéntico en cuanto al objeto, modo, tiempo y lugar que fue pactado”. Osterling, Castillo (2008:553,557).

Si bien lo previamente descrito, puede dar paso a una negativa expresa a recibir el pago, el segundo párrafo del artículo 1251 del Código Civil Peruano, establece supuestos de negativas tácitas, como “respuestas evasivas, inconcurrencia al lugar pactado, el rehusarse a entregar recibo”.

d. Es facultativo

Cuando desarrollamos el capítulo concerniente al contenido de la situación de deuda, indicamos que el pago por consignación es una facultad del deudor y como tal, no existe una obligación del deudor de efectuar la consignación, por lo que, puede ejercerla o no.

Obviamente de no hacer efectiva esta facultad, el deudor se priva de una herramienta que le permite acreditar su voluntad de pago y se expone a que su acreedor pueda intimarlo en mora.

e. Debe ser judicial

“Al tratarse del ejercicio coactivo de un derecho, sólo será posible en tanto se presente la intervención al órgano jurisdiccional competente”.

Para Castillo (2017:99,100) el pago en consignación “es el medio unilateral de pago por excelencia cuya característica más notoria, es que consiste necesariamente en un proceso judicial, ello porque previamente el deudor ha agotado todo los medios extrajudiciales”.

Sobre el particular, Moisset (2016:248) considera como requisito importante del pago por consignación, el tema procesal de trasfondo.

El pago por consignación implica una demanda judicial. No obstante, de acuerdo al artículo 1252 del Código Civil Peruano, no necesariamente se llegará a un proceso judicial, ya que, el ofrecimiento de pago puede realizarse de manera extrajudicial, en éste caso el pago en consignación se judicializará “cuando el acreedor rechace el ofrecimiento de pago o se oponga judicialmente a él”.

Castillo (2017:100) señala que “la consignación tendrá efecto retroactivo al momento de ofrecimiento del pago cuando el acreedor no se opone al ofrecimiento inicial dentro de los cinco días siguientes de su emplazamiento; o cuando la oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento es desestimada por resolución de la autoridad de cosa juzgada”.

Al respecto, coincidimos con lo señalado por Castillo, si bien el ofrecimiento de pago puede realizarse de manera extrajudicial, la consignación siempre se realizará con la intervención del órgano jurisdiccional, no debiendo confundirse ofrecimiento de pago con consignación. Esta distinción será muy importante para los efectos de nuestra investigación. Reiteramos que el efecto liberatorio, sólo lo produce la consignación y no el ofrecimiento.

4.1.3. Clases de ofrecimiento de pago

El ofrecimiento puede ser judicial o extrajudicial. El artículo 1252¹⁸ del

¹⁸ Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1384, publicado en el Diario el Peruano el 4 de septiembre de 2018.

Código Civil establece los casos en los que procede tanto el ofrecimiento judicial como el extrajudicial.

Ofrecimiento judicial

El ofrecimiento judicial procede en los siguientes casos:

- “Cuando así se hubiera pactado entre el acreedor y el deudor.
- Cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago.
- Cuando por causa que no sea imputable al deudor, estuviera impedido de cumplir con la prestación prevista.
- Cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir con la prestación que le compete.
- Cuando el acreedor no fuese conocido o fuese incierto.
- Cuando se ignore el domicilio del acreedor.
- Cuando se encuentre ausente o fuera una persona contemplada en el artículo 43 o 44 del Código Civil sin tener representante, curador o apoyo designado.
- Cuando el acreedor fuera incapaz sin tener representante o curador designado.
- Cuando el crédito fuere litigioso o lo reclamaran diversos acreedores.
- Cuando se presenten situaciones análogas a las enumeradas anteriormente”¹⁹.

Falta de cooperación del acreedor

Sobre el cuarto supuesto establecido en la norma, Osterling y Castillo (2008: 558) establecen un razonamiento que compartidos.

“Ya que si para que el deudor cumpla resulta indispensable que el acreedor realice uno o más actos previos (como podría ser el caso del personaje famoso que tiene que posar personalmente para que lo retrate un pintor), sin la realización por parte del acreedor de estos actos el deudor estaría imposibilitado de cumplir. Consecuentemente, si para cumplir resulta necesario que el acreedor preste su colaboración, entonces no podría haber cumplimiento ni ofrecimiento judicial, de algo que aún no existe”. Osterling y Castillo

¹⁹ Artículo 1252 del Código Civil Peruano

(2008: 558).

Es decir cuando la cooperación que se requiera del acreedor va más allá de aceptar el pago, sin la prestación de esa cooperación, no se podría iniciar la ejecución de lo debido. En estos casos ¿puedo ofrecer el cumplimiento? Consideramos que para estos casos el ofrecimiento de cumplir aquello que no puedo comenzar a cumplir sin la cooperación de mi contraparte, fungirá de una especie de documento para constituir en mora al acreedor, con los respectivos efectos que esto conlleve, pero la liberación se mantendrá en pausa.

Ofrecimiento Extrajudicial

El Código Civil en su artículo 1252, establece que “el ofrecimiento extrajudicial se produce si se ha pactado en la obligación o en defecto de no haberse pactado la forma de ofrecimiento”, **asimismo, señala que “el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado”.**

El plazo de cinco días de anticipación para el ofrecimiento de pago, cuando existe un plazo para el cumplimiento de la obligación, puede significar una contradicción, con uno de los requisitos para poder consignar, es decir que la obligación sea exigible. Si el ofrecimiento se realiza antes del vencimiento del plazo, el rechazo del ofrecimiento ¿puede considerarse como un rechazo de la prestación injustificado? Al respecto, consideramos que la norma se contradice y que debe existir una aclaración para éste punto.

Para casos de ofrecimiento extrajudicial, en que la fecha del cumplimiento no estuviera determinada, **el artículo 1252 del Código Civil establece:** “el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor a diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale”.

4.1.4. ¿Por qué el pago por consignación no produce el efecto liberatorio en todos los casos?

Para comprender éste punto es necesario realizar un breve repaso de la

parte procesal del pago por consignación. Al respecto el Código Procesal Civil Peruano establece lo pertinente en sus artículos 802 al 816.

El artículo 802 del Código Procesal Civil Peruano establece: “En los casos que establece el Código Civil quien pretenda cumplir una prestación, puede solicitar su ofrecimiento judicial y, en su caso que se autorice a consignarlo a propósito del pago”.

El artículo 1252 del Código Civil Peruano establece los supuestos en los cuales el ofrecimiento de pago debe realizarse de manera judicial, entre ellos se encuentra aquel en el cual el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir con la prestación que le compete.

Al respecto, el artículo 804 del Código Procesal Civil establece la forma en que se realiza el ofrecimiento judicial de pago señalando: “el ofrecimiento debe consistir en cumplir la prestación en audiencia”.

Resultará fácil para el lector advertir que no todas las prestaciones que se deban van a poder ser ejecutadas en audiencia en atención a su naturaleza o a que aún no existan porque no han empezado a ejecutarse porque no pueden empezar a ejecutarse sin la cooperación del acreedor.

Para el caso de ofrecimiento judicial, el artículo 805 del Código Procesal Civil establece que “si el acreedor no contradice el ofrecimiento dentro de los cinco días del emplazamiento, en la audiencia el juez declara válido el ofrecimiento y recibe el pago siendo necesario para esto tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 807 del Código Procesal Civil Peruano” que establece que para la consignación se procede de la siguiente manera:

1. “El pago en dinero entrega de valores se realiza mediante la entrega del certificado de depósito expedido por el Banco de la Nación. El dinero signando devenga interés legal.
2. Tratándose de otros bienes, en el acto de la audiencia el juez decide la manera, lugar y forma de su depósito, considerando lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes.

3. Tratándose de prestaciones no susceptibles de depósito, el Juez dispone la manera de efectuar o tener por efectuado el pago según lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente lo expuesto por las partes”.

Por su parte el artículo 806 del Código Procesal Civil establece que “si por la naturaleza de la prestación el pago no puede efectuarse en el acto de la audiencia el juez dispondrá en la misma atendiendo al título de la obligación o en su defecto a la propuesta de las partes la oportunidad y manera de hacerlo. El cumplimiento, del que se levantará acta, se llevará a cabo en presencia del Secretario de Juzgado o del propio Juez, si éste lo estima necesario”.

Cuando desarrollamos los requisitos del pago por consignación señalamos que para el uso de este remedio debía existir una obligación que sea líquida y exigible, en palabras simples lista para poder cumplirse. Esta consideración parece también estar presente en el procedimiento establecido por el Código Procesal Civil para el pago en consignación, específicamente en los artículos 806 y 807.

El artículo 807 del Código Procesal Civil establece la forma en que se lleva a cabo la consignación, éste artículo menciona en sus numerales 1 y 2, que si la prestación consiste en dinero o bienes, el pago se tendrá por cumplido generalmente mediante depósito, se advierte fácilmente que en estos dos casos la única cooperación que resta al acreedor es recibir el dinero o el bien.

No sucede lo mismo en el caso previsto en el artículo 807 (3) del Código Procesal Civil **cuando se refiere a “prestaciones no susceptibles de depósito”, aquí “es el juez quien dispondrá la manera de efectuar o tener por efectuado el pago, según el título de la obligación o lo expuesto por las partes”.**

Para este caso parece existir una respuesta alternativa, ante la falta de posibilidad de entregar el bien o depositarlo, cuando indica que “si por la naturaleza de la prestación el pago no puede efectuarse en el acto de la audiencia el juez dispone de acuerdo al título de la obligación y a la opinión de las partes la manera de hacerlo”.

La doctrina realiza una distinción en cuanto a la naturaleza de la prestación y cuándo esta naturaleza puede limitar el uso del pago por consignación. **Castillo (2017:100), por ejemplo, señala que** “solo se puede consignar una prestación de dar o una prestación de hacer que termine en un dar, siempre y cuando la prestación ya se hubiera ejecutado, por considerarse que no es posible efectuar el depósito de una prestación de hacer propiamente dicha o de no hacer”.

Autores como Osterling y Rebaza (2006:2) indican:

“La consignación es un mecanismo que resulta a menudo impracticable cuando las prestaciones son de hacer, o totalmente impracticable cuando se trata de prestaciones de no hacer, e inclusive puede tornarse complicada cuando la prestación es de dar pero la entrega del bien conlleva la ejecución de prestaciones accesorias-como instalaciones, pruebas, supervisiones, etc.- que requieren del concurso del acreedor” Osterling y Rebaza (2006:2).

Pese a lo señalado, analizado el procedimiento establecido por el Código Procesal Civil para el pago por consignación, se podrá advertir que existe la posibilidad del ofrecimiento judicial de cumplimiento en el caso de obligaciones de hacer o de no hacer, ya que conforme al artículo 806 del Código Procesal Civil, “es el juez quien atendiendo la naturaleza de la obligación el título de la misma y la opinión de las partes podrá establecer la forma de cumplimiento”.

No obstante, pese a ésta aparente salida, existe la posibilidad que para este tipo de prestaciones diferentes a dinero o bienes, es decir las prestaciones de hacer o no hacer, la forma de cumplimiento que establezca el juez implique también de actos de cooperación del acreedor que posiblemente no quiera ejecutar. En estos casos, pese al ofrecimiento de pago judicial, la consignación nunca se producirá y por tanto su efecto liberatorio tampoco, con lo cual queda evidenciado que el pago por consignación no garantiza la tutela liberatoria del deudor para todos los casos

Propuestas de modificación de los artículos 1251, 1252 y 1254 del Código Civil

¿Cómo puedo pagar válidamente, es decir pagar cumpliendo los principios de integridad, identidad y oportunidad, si aún no puedo empezar a ejecutar la prestación, porque no tengo la cooperación de mi acreedor?

Los problemas que implican el ofrecimiento de pago, como primera fase del pago por consignación, han sido advertidos, y existen propuestas de modificación para ello. Entre ellas se encuentra el Grupo de Trabajo Revisión y Mejoras Código Civil RM N° 0300-2016-JUS, en la cual los más importantes civilistas peruanos contemporáneos realizan propuestas de modificación a nuestro actual Código Civil.

La propuesta de modificación del artículo 1251 dispone lo siguiente:

“El deudor queda libre de su obligación si se consigna la prestación debida. La consignación procede en cualquiera de los siguientes casos: 1. Si el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niega a admitirlo, en cuyo caso es necesario que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago, o, 2. Si el deudor se encuentra impedido de realizar el ofrecimiento de la prestación o efectuar directamente el pago”.

La exposición de motivos del Grupo de Trabajo, Revisión y Mejoras Código Civil RM N° 0300-2016-JUS y Modificatorias manifiesta que “el actual artículo 1251° del Código Civil responde a la modificación que se realizó en el año 1993 con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil”, esto porque, la normativa procesal alteró el diseño que la norma sustantiva había previsto para el pago en consignación, lo cual representó dificultades para su aplicación.

El Grupo de Trabajo ha señalado además que la modificación busca “simplificar el régimen legal del pago por consignación tomando como referencia la versión original del Código Civil de 1984”.

Asimismo, las modificatorias propuestas por el Grupo de Trabajo al artículo

1251 se caracterizan porque:

“1) Se mantiene el efecto principal del pago por consignación, es decir la liberación del deudor, 2) Se ha identificado los casos en los cuales procede la consignación: (i) el rechazo ilegítimo de la prestación por parte del acreedor luego de efectuado el ofrecimiento respetando los parámetros establecidos en el artículo 1220° de la Propuesta (consignación con ofrecimiento previo); y, (ii) casos en los que, fácticamente, no resulta viable realizar el ofrecimiento (consignación sin ofrecimiento previo)”.

De ésta manera, la modificación propuesta reconoce que existen casos en los cuales el ofrecimiento de pago no es posible. Dado que se trata de una norma, no se desarrollan supuestos específicos por los cuales puede producirse éste escenario, sin embargo, la imposibilidad de ofrecer la prestación cuya ejecución no se ha iniciado por falta de cooperación del acreedor, puede perfectamente ser parte de éstos supuestos, por lo que la propuesta de modificatoria nos parece sumamente útil para demostrar que la consignación no siempre, de acuerdo a la normatividad vigente, producirá su efecto liberatorio.

También existe una propuesta de modificación del artículo 1252, que se sustenta en la misma línea de simplificación de la regulación del pago por consignación. Al respecto, el Grupo de Trabajo propone “la eliminación de la distinción entre el ofrecimiento judicial y ofrecimiento extrajudicial. En su reemplazo se regula, y de una forma más sencilla, la forma en la que debe realizarse el ofrecimiento de la prestación, que sería un ofrecimiento extrajudicial, la cual, evidentemente, resulta de aplicación para el caso previsto en el numeral 1 del artículo 1251° del Código Civil”.

Nos parece que la propuesta de modificación más importante se encuentra en el artículo 1254. Sobre éste punto el Grupo de Trabajo propone:

“Artículo 1254°.- Efecto de la consignación El deudor queda liberado de su obligación con efecto retroactivo a la fecha de ofrecimiento o de consignación, según el caso; salvo que el acreedor que contradiga la consignación obtenga un resultado favorable en el proceso contencioso **correspondiente con autoridad de cosa juzgada”.**

En relación a la exposición de motivos de la modificación de éste artículo el Grupo de Trabajo indica que el actual artículo 1254°, “hace referencia a una relación entre la validez del pago y el ofrecimiento de pago, mediante la indicación de los efectos retroactivos de este último”.

Sin embargo, para el Grupo de Trabajo lo importante es precisar el efecto que produce la consignación. Por ello en la modificación se propone: “1) Reafirmar el efecto jurídico de la consignación, esto es la liberación, 2) Precisar los efectos retroactivos de la consignación en aquellos escenarios en los cuales hubo o no ofrecimiento de pago, dejando a salvo los casos en los cuales la oposición o contradicción del acreedor resulta justificada”.

4.2. La mora del acreedor y la imposibilidad de desvinculación

“La mora es concebida desde su acepción etimológica (deriva del latín *mora* o *morae*) como un retraso, tardanza o demora en la ejecución de la prestación, por ello esta figura jurídica tiene una fuerte vinculación con el factor tiempo. Osterling y Castillo” (2008: 903).

La mora puede estar sustentada en un retraso en la ejecución de la prestación generado por el deudor o por el acreedor. Para el propósito de nuestro trabajo nos centraremos en el análisis de la mora del acreedor que se encuentra regulada en los artículos 1338, 1339 y 1340 del Código Civil Peruano.

Durante todo el desarrollo de nuestra investigación hemos recalcado la idea que las obligaciones nacen para ser cumplidas, a decir de Osterling y Castillo (2008: 903) “cuando el deudor cumple con aquello que debe, paga; el pago, como medio natural de la extinción de obligaciones pone fin a la existencia de la relación jurídica obligacional”.

Pese a lo señalado cabe preguntarnos qué sucede cuando el cumplimiento viene imposibilitado por el principal interesado ya sea porque no realiza los actos necesarios a su cargo para que se pueda ejecutar la prestación o porque rechaza recibir la prestación ya ejecutada.

Esta situación no pasa inadvertida para el derecho y de hecho es rechazada buscando atenuar sus consecuencias a través de la figura de mora del acreedor.

El Código Civil peruano establece en el artículo 1338 los supuestos por los cuales el acreedor incurre en mora:

“El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

El artículo 1338 establece dos casos para que se genere la mora del acreedor: el primero proviene de la negativa del acreedor a aceptar la prestación ofrecida y el segundo del incumplimiento por parte del acreedor de los actos de colaboración necesarios para que se pueda ejecutar la obligación.

Al respecto, compartimos la opinión de Osterling y Rebaza (2006:4) referida a que “el practicar los actos necesarios, más que un concepto diferente a la negativa a aceptar la prestación, constituye la categoría general que lo engloba. En efecto, al negarse a aceptar la prestación ofrecida, el acreedor claramente está omitiendo practicar un acto indispensable para que se pueda ejecutar la prestación, aceptándola o recibéndola”.

La mora del acreedor no produce un efecto extintivo de la obligación. En el caso peruano, los artículos 1339 y 1340 del Código Civil se encargan de precisar los efectos de la mora del acreedor que se restringen a que “el acreedor queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso y asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación”.

Como podemos apreciar la mora del acreedor, es un remedio que atenúa las consecuencias de la falta de cooperación del acreedor, sin embargo, dada su falta de efecto extintivo, mantiene sometido al deudor a la voluntad de su acreedor que puede exigir el cumplimiento en cualquier momento.

Sobre lo señalado, Trimarchi (1989:359) manifiesta que “cuando el cumplimiento es impedido o retardado por la falta de cooperación del acreedor, el deudor no responde por los daños, el incumplimiento, no le es

en ningún modo imputable, sin embargo, él sigue obligado a realizar la prestación, mientras esto permanezca posible”.

Asimismo, Osterling y Rebaza (2006: 2,3) manifiestan:

“No obstante, la constitución en mora del acreedor no determina que el deudor haya cumplido ni mucho menos que el vínculo obligacional se haya extinguido. Dicho en otros términos, si bien el deudor ha trasladado los costos y riesgos al acreedor, sigue vinculado a éste y una vez purgada la mora, estará obligado a cumplir. Asimismo, el traslado de costos y riesgos no siempre satisfacen plenamente al deudor, pues la posición en que se encuentra (de no poder cumplir, pero tener que hacerlo cuando el acreedor así lo decida) puede generarle situaciones imprevisibles y desventajosas que no siempre podrán ser trasladadas al acreedor o cuyo traslado se convierta eventualmente en fuente de conflictos” Osterling y Rebaza (2006: 2,3).

La doctrina citada es unánime cuando concluye, respecto a la mora del acreedor, que pese al traslado de costos y riesgos, el vínculo obligatorio no deja de existir, y por tanto, el deudor podrá ser llamado a cumplir en cualquier momento. Sin embargo, el hecho que el acreedor purgue su mora, no desaparece el hecho que su demora produce una situación desventajosa para la parte obligada. Estos efectos perjudiciales no siempre podrán ser trasladados al acreedor, en muchos caso ni siquiera querrán ser asumidos por él.

En todo caso, ¿cuál es el plazo en el que el acreedor puede válidamente purgar su mora para que la exigencia de la prestación pueda ser ejercida válidamente? Nuestro Código Civil no se pronuncia al respecto. ¿Qué pasa si para ejecutar la prestación debo incurrir en gastos que no estaban dentro en mi previsión original y por tanto, no puedo asumirlos en el momento que se me exija el cumplimiento?, ¿En qué momento, el acreedor asume estos pagos? En el supuesto que el traslado sea inmediato, si él acreedor se niega a realizar estos pagos, el deudor se libera de la obligación, o esto significa que el acreedor vuelve a incurrir en mora, así hasta un ciclo sin fin.

Compartimos las observaciones que realiza Trimarchi (1989: 359,360) sobre las desventajas que supone este remedio para el deudor.

“En el sentido que en el caso de mora del acreedor la ejecución de la prestación puede convertirse en muy gravosa, por la necesidad por ejemplo de un intenso ritmo de trabajo para el cumplimiento en el momento que el acreedor lo requiera, o prolongar la custodia o conservación de la cosa debida, entre otros daños, todos los cuales se encontrarán a cargo del acreedor por efecto de la mora, por lo que la disposición sobre gastos y daños no es suficiente para aligerar al deudor de todo agravio que deriva de su prolongada sujeción al vínculo” Trimarchi (1989: 359,360).



CAPÍTULO V: LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COOPERACIÓN AL CUMPLIMIENTO

5.1. La resolución como remedio

En el primer capítulo de esta investigación indicamos que la estructura de la norma jurídica engloba un interés que el sistema jurídico ha considerado importante y por tanto le ha otorgado tutela. En ese orden de ideas, cuando la consecuencia prevista por la norma no se produce, el sistema jurídico proporciona al interesado una respuesta jurídica alternativa para que su interés no se vea perjudicado; a esta respuesta se le denomina remedio.

Cuando celebramos un contrato, la forma natural de conclusión del mismo es el cumplimiento, es decir los contratos nacen para cumplirse, no obstante, cuando dicho cumplimiento voluntario no se produce, el sistema jurídico proporciona una respuesta al perjudicado por dicha situación.

Autores como Falzea (2011:26) distinguen para el caso de las obligaciones "una realización primaria del interés y una realización secundaria del mismo". Al respecto, el autor refiere que "la realización primaria del interés es representada por el cumplimiento", sin embargo, existirán casos en que dicha realización no se produzca, y es sobre esta base que define al remedio, como "cualquier hipótesis de realización secundaria que tenga como presupuesto necesario y suficiente la falta de realización primaria, y como su principal tarea y resultado, la reintegración del interés dejado ahora sin tutela y de la norma en la cual tal tutela está prevista"²⁰.

Podemos realizar una clasificación de los remedios por diferentes elementos, sin embargo, para efectos del análisis de la resolución traemos a colación lo indicado por Roppo (2009:670,671), quien manifiesta que "dentro de los tipos de remedios podemos encontrar aquellos que reaccionan conforme al momento en que el defecto se manifiesta".

Si el remedio reacciona contra defectos originarios ya existentes al momento de celebrar el contrato, nos encontramos ante un caso de ineficacia estructural que involucra la validez del negocio jurídico al afectar

²⁰ Traducción libre de la autora.

los elementos esenciales del mismo, las figuras típicas de la ineficacia estructural son la nulidad y anulabilidad.

Por su parte, si el remedio reacciona ante defectos posteriores a la celebración del contrato, entonces el defecto aflige al contrato como relación, entonces se produce la ineficacia funcional; y el remedio se dirige a la relación privándola de sus efectos, pese a que en principio es una relación válida, este es el caso de la resolución.

Como hemos indicado, cuando celebramos un contrato, la forma natural de conclusión del mismo es el cumplimiento, no obstante, cuando dicho cumplimiento voluntario no se produce, el sistema proporcionará uno o varios remedios al interesado.

Entre estos remedios se encuentra la resolución que es definida por Bianca (2007:754) como "la figura que designa la extinción del contrato por un evento que impide la relación; así, la resolución puede ser definida, sin más, como la disolución de la relación contractual".

Asimismo, Roppo (2009:859) señala que "la resolución afecta no el contrato, sino directamente solo sus efectos, haciendo al contrato ineficaz sin tocar la validez, en otras palabras es disolución del vínculo contractual".

"En ese sentido, la resolución es una medida destinada a dejar sin efecto la relación jurídica obligacional creada por un contrato por causales sobrevinientes a su celebración". De la Puente (2007: 379).

En relación a los posibles supuestos que dan origen a la resolución, Messineo (2007:709) señala que "la resolución puede provenir de la voluntad concordante de las partes, de un incumplimiento voluntario o involuntario (por imposibilidad sobreviniente de la prestación), o, finalmente por una dificultad de cumplimiento a causa de una excesiva onerosidad sobreviniente".

En función a estas posibles causas la doctrina divide a la resolución en resolución negocial también llamada extrajudicial y resolución judicial.

5.2. La resolución por incumplimiento de acuerdo a la doctrina y al Código Civil Peruano

Hemos indicado que las causales de resolución pueden ser, el acuerdo de las partes, el incumplimiento y la excesiva onerosidad de la prestación. Nosotros profundizaremos en el análisis de la resolución que tiene como sustento el incumplimiento.

El contrato que originalmente es válido y eficaz viene a ser afectado por el incumplimiento que genera una alteración en el intercambio programado por las partes, de lo que deviene que el plan contractual no logre concretarse, o al menos no en las condiciones originalmente pactadas. De esta manera lo que originalmente se previó se ve trastocado por la acción de una de las partes del contrato.

De la Puente (2007:80) refiere sobre la resolución por incumplimiento que:

“La Resolución por incumplimiento está orientada a que mediante la acción destinada a privar de eficacia a la relación jurídica obligacional nacida del contrato recíproco cese el deber de una de las partes a quien denomina “la parte fiel”, de ejecutar la prestación a su cargo en virtud de la inejecución de la prestación a cargo de la otra parte que llama “la parte infiel”, por causa distinta a la imposibilidad”. De la Puente (2007: 80).

Para Palacios (2003: 493):

“La resolución por incumplimiento puede ser conceptuada como una consecuencia del ejercicio de un derecho potestativo (de resolución), entendido como un mecanismo de tutela que brinda el ordenamiento para provocar la ineficacia (en sentido estricto) del contrato ante una situación de incumplimiento *in genere* derivándose la eliminación de los efectos que habría producido” Palacios (2003: 493).

Para el referido autor “la resolución por incumplimiento opera siempre como consecuencia del ejercicio de un derecho potestativo inserto en la relación contractual, de lo que se desprende que su actuación depende de la valoración particular del sujeto afectado”, por ello, Palacios señala que

el derecho potestativo de resolución demuestra que la relación obligatoria es una situación jurídica compleja que conjuntamente con el derecho de crédito y débito, engloba otras situaciones jurídicas.

Cuando el afectado decide optar por el remedio de resolución, podrá acogerse a dos modelos de resolución, el judicial y el extrajudicial. Al respecto, nuestro Código Civil prevé el sistema de resolución judicial y extrajudicial en sus artículos 1428, 1429 y 1430. En el primero de los casos se requiere de la emisión de una sentencia en la cual el juez ha analizado, el contexto, circunstancias y la gravedad del incumplimiento. En el segundo ya sea por resolución por intimación o por cláusula resolutoria expresa, es el acreedor que activa el remedio con su manifestación de voluntad.

Asimismo, los efectos de la resolución se encuentran previstos en los artículos 1371 y 1372 del Código Civil Peruano. El efecto principal de la resolución es “dejar sin efecto un contrato válidamente celebrado”, sin embargo, no es el único, así tenemos:

1. “La ineficacia producida por la resolución que se declara judicialmente, se retrotrae al momento en que se produce la causal que la motiva.
2. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento de producirse su causal.
3. Si no fuera posible la restitución de las prestaciones, las partes deben rembolsarse en dinero el valor que tenían las prestaciones.
4. Si existen terceros de buena fe involucrados, estos no ven perjudicados los derechos que han adquirido”.

De acuerdo a lo señalado por Morales (2013: 3):

“Los efectos de la resolución del contrato son aplicables tanto para la declarada a través de sentencia o laudo arbitral como la establecida por la declaración del acreedor. Sin embargo, en éste último caso, estamos propiamente ante un desistimiento²¹ del contrato por

²¹ Lo señalado por el autor se sustenta en distintos cuerpos normativos y académicos como el proyecto de armonización en

incumplimiento de obligaciones y en concreto en las denominadas **indebidamente "resolución por intimación o por autoridad del acreedor" y "cláusula resolutoria expresa" por incumplimientos graves de obligaciones"**.

En relación a lo señalado, resulta importante realizar la distinción entre resolución y desistimiento. Bianca (2007:755) manifiesta que por "resolución negocial se entiende la extinción del contrato por un acto de autonomía negocial", es decir, por un acto de voluntad de las partes.

"La resolución negocial unilateral toma el nombre de revocación o de desistimiento. Sin embargo, es necesario realizar la distinción entre estos dos términos. El término revocación indica, en general, el acto negocial extintivo de negocios unilaterales o de contratos estipulados en el interés primordial de la parte que revoca. Por el contrario y por lo general, el término desistimiento se usa para indicar un acto negocial extintivo del contrato en general". Bianca (2007:755).

5.3. La resolución por incumplimiento de la cooperación al cumplimiento

La resolución por incumplimiento del deber de cooperación al cumplimiento, debe cumplir con los presupuestos de resolución por incumplimiento. Así, debemos analizar los siguientes elementos.

- a) Contrato con prestaciones recíprocas
- b) Análisis de la relevancia del incumplimiento
- c) La ausencia de causa justificante.

5.3.1. La cooperación al cumplimiento como parte de una prestación recíproca

Hemos hecho mención a los artículos pertinentes a resolución por incumplimiento a fin de precisar que la base de desarrollo de los modelos

materia de contratos, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías de 1980, los principios sobre los contratos comerciales internacionales de 2004 del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Principios Unidroit), el Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos de la Academia de Iusprivatista Europeos de Pavia (Proyecto Gandolfi), los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (Proyecto Lando) concluyendo que la resolución que tiene efectos por declaración del deudor, si bien tiene muchas denominaciones, el término jurídico adecuado sería "desistimiento".

de resolución judicial y extrajudicial prevista en el Código Civil Peruano está en el incumplimiento de prestaciones recíprocas, sin embargo, el deber de cooperación no puede equipararse a una prestación en sentido estricto, salvo que se haya previsto expresamente en el contrato como tal, supuesto que no es el general.

Dado que el fundamento de la resolución por incumplimiento es la ruptura del paralelismo y corresponsabilidad que debe existir entre las prestaciones, no es extraño que el primer requisito para que proceda la resolución es que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas.

Como ya hemos señalado en la parte pertinente, la cooperación al cumplimiento es un deber que se encuentra dentro de la estructura de la obligación, como relación jurídica compleja, contenido en el derecho de crédito y cuyo cumplimiento es exigible en virtud de la cláusula normativa general de buena fe durante la ejecución del contrato. De esta manera, la falta de cooperación al cumplimiento como sustento de la resolución del contrato se produce porque se está incumpliendo un deber de fuente legal.

Habiendo dejado establecido que prestación y deber de cooperación al cumplimiento no son lo mismo, pasamos a un segundo punto que es comprender por qué el incumplimiento de un deber puede producir la resolución del contrato, para ello es necesario analizar el incumplimiento.

El incumplimiento, en líneas generales, es entendido como la falta o inexacta ejecución de la prestación por parte del deudor, es decir, falta del comportamiento debido. Al respecto el Artículo 1148 del Código Civil establece: **“El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso”**.

De esta manera la legislación peruana, entiende que el incumplimiento se relaciona con “la ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación”, conforme se advierte de los artículos 1150 y 1151 del Código Civil. De las normas citadas podemos advertir que nuestro Código Civil analiza, para efectos de determinar si existe o no incumplimiento, sólo a la prestación, sin embargo, ésta apreciación limita el concepto de cumplimiento.

Dentro de la doctrina se establece que “el incumplimiento es la falta de fidelidad de los deberes impuestos por el contrato. Dicha falta de fidelidad es independiente de toda pérdida patrimonial, subsiguiente y ulterior, de la contraparte” (Sacco 2002: 899).

De la definición de incumplimiento de Sacco, que nos parece mucho más completa que la contemplada por nuestro Código Civil, “podemos extraer por lo menos dos conclusiones: a. El contrato impone deberes y b. El incumplimiento es independiente de la pérdida patrimonial que represente”.

Hemos indicado en el análisis del contenido de la relación obligatoria que la prestación es una especie de deber, un deber jurídico que impone la adopción de un determinado comportamiento. Este deber nace producto de la negociación entre las partes, de la cual deviene que una parte asumirá la realización de una prestación para obtener una contraprestación en respuesta, quedando estos compromisos plasmados en el contrato en la forma de prestaciones.

No obstante, la prestación no es el único deber que existe dentro de la relación obligatoria, ya que también existe el deber de cooperar al cumplimiento que se relaciona directamente con el primer deber señalado, es decir, el deber de prestación. Por ello, para pretender el cumplimiento al cual tenemos derecho en nuestra calidad de acreedores debemos haber cumplido con realizar todo aquello que en nuestra mano este para permitir al deudor cumplir

De esta manera si se incumple el deber de cooperación al cumplimiento se está incumpliendo un deber que proviene directamente del contrato incluso aunque no se haya pactado expresamente bajo la denominación de prestación. Ello porque incluido en el derecho de crédito está el deber de cooperar para que esté crédito sea satisfecho y en consecuencia el obligado o deudor quede liberado.

Señalada nuestra posición, sobre éste primer requisito, es necesario conocer la opinión de la doctrina. Sobre el particular, Osterling y Rebaza (2006: 14) advierten:

“La resolución tiene como presupuesto que el incumplimiento incida sobre una obligación considerada como objeto principal del contrato de acuerdo a su naturaleza. En tal sentido, la resolución no resulta aplicable cuando lo incumplido son obligaciones que, aun estando incorporadas a un contrato bilateral, tienen un carácter puramente accesorio o complementario con relación a aquellas prestaciones o contraprestaciones que, en su caso, constituyen el objeto principal del **contrato**”.

De igual opinión es De la Puente quien señala: “el incumplimiento debe ser de una obligación principal, salvo que se trate de prestaciones accesorias que pongan en peligro la ejecución de la prestación principal”.

Profundizando en lo señalado Osterling y Rebaza (2006: 14) indican:

“Bajo esta premisa, la elección que ofrece el artículo 1428 no puede ser arbitraria, sino que debe fundamentarse en la esencialidad de la prestación incumplida y en el grado de utilidad que todavía representa para la parte que ya ha sufrido el incumplimiento. En tal sentido, a menos que el retraso en el cumplimiento determine la frustración del fin práctico perseguido por el negocio o que la prestación haya dejado de ser útil, la resolución no tiene asidero y sería contrario a la buena fe hacerla valer como causal de resolución. Es por ello que la resolución que no se encuentre amparada en un incumplimiento esencial para el desarrollo del contrato presentaría visos de abuso de derecho”.

De los autores citados podemos concluir que para ellos la obligación es sinónimo de prestación, ello se advierte de la referencia al “objeto principal del contrato”. No obstante, existe un punto en común con nuestra **posición, cuando señalan el término “esencial”**.

Al respecto, los autores citados indican que el incumplimiento en general debe recaer en la prestación principal. En éste caso qué duda cabe que si se incumple la prestación principal se está perjudicando la corresponsabilidad del contrato, pero al mismo tiempo, aceptan la existencia de prestaciones u obligaciones (utilizando sus términos) que si bien no son el objeto del

contrato sí inciden directamente en su cumplimiento, es decir son esenciales para el cumplimiento.

Consideramos que la aparente restricción respecto a la obligación principal expresada por los autores citados, radica en que efectivamente existirán casos en los que conjuntamente con la prestación principal existirán prestaciones de tipo accesorio cuyo incumplimiento no representa un trastoque profundo del plan contractual, por lo que, no serían razón suficiente para sustentar la resolución e irían en contra incluso de la buena fe. Piénsese en el caso de aquella persona que compró una casa con determinadas características, negociado el contrato requirió al vendedor que la misma fuera entregada pintada de color blanco, piénsense también que quien debía entregar la casa, cumple con todos los detalles exigidos, sin embargo, en el momento de la entrega el comprador advierte que el blanco de la casa no es el tono de blanco que hubiera querido. Nuestro ejemplo, obviamente, es un ejemplo de laboratorio, pero sumamente ilustrativo para verificar que un incumplimiento de ésta magnitud no permitiría resolver el contrato.

Sobre lo dicho, se puede extraer que es lo esencial del deber de cooperación al cumplimiento para la ejecución de la obligación, lo que hace que tenga sentido que su incumplimiento sustente la resolución del contrato, porque efectivamente, la falta de cooperación del acreedor sí afecta el plan contractual.

La aparente oposición de la doctrina citada, a que la resolución provenga de obligaciones que consideran accesorias, no implica un rechazo a aquellas que si bien no se encuentran contenidas en el contrato como obligaciones (en su significado tradicional como sinónimo de prestación), si tienen un sustento fundamental para el cumplimiento, como es el caso del deber que es materia de nuestra investigación.

En concordancia con lo señalado, indicamos que autores como De la Puente y Mirabelli (2007:393) condicen "con el parecer de la doctrina, en el sentido que el incumplimiento debe tratarse de una prestación principal, pero que la inejecución de prestaciones accesorias puede considerarse relevante cuando pone en peligro la ejecución de prestaciones principales".

Al respecto Mosco (1956: 91) señala que:

“Existen **“obligaciones” accesorias a cargo** del acreedor y cuyo cumplimiento es necesario para el cumplimiento con la obligación principal. La interdependencia entre las obligaciones accesorias del acreedor y la posibilidad de cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor, puede presentar diversos aspectos, estableciendo como los más frecuentes el contrato de trabajo y de transporte, sin embargo, también incluye los actos de omisión o de acción por los que el acreedor impide el cumplimiento del deudor”.

Considera el autor respecto de la posibilidad de resolución para estos casos, que “si el cumplimiento de la obligación accesoria es medio indispensable para que todo el contrato pueda ser realizado, y por consiguiente para que el deudor pueda obtener la prestación correlativa, entonces el deudor tiene también pleno interés en el cumplimiento de la obligación accesoria”.

No obstante lo señalado, Mosco (1956:91) reconoce que “ante su naturaleza no susceptible de ejecución coactiva en forma específica, dado que **estas “prestaciones” son consideradas secundarias** y por tanto el deudor no puede exigir su cumplimiento; cuando la posibilidad de resolución no sea concedida al deudor, no tendrá otra respuesta que la indemnización por daños y perjuicios”.

5.3.2. La gravedad del incumplimiento de la cooperación al cumplimiento

El incumplimiento dependiendo de su gravedad proporcionará diferentes remedios, por ello Roppo (2009:880) precisa que “todos los incumplimientos injustificados son fuente de responsabilidad y resarcimiento, en cambio no todos los incumplimientos injustificados son causa de resolución”.

Al respecto, Sacco (2002: 900) señala:

“El incumplimiento no es relevante si no es grave. El artículo 1455 del Código Civil Italiano, precisa que el contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia,

teniendo en cuenta el interés de la otra. El juez luego de verificar el incumplimiento, debe evaluar de oficio, la relevancia de este (y por tanto su importancia), y **luego fundamentar al respecto**".

Roppo (2009:880) indica que la regla prevista por el Código Civil Italiano, **se sustenta en** "una *ratio* de proporcionalidad, sería exagerado aplicar un remedio que desaparece los efectos de un contrato a relaciones cuyo deficiencia sea mínima o ligera (en dicho caso se activa sólo el remedio resarcitorio)".

"Dentro de la jurisprudencia italiana se habla de un incumplimiento que es tal que permite entender que la parte ofendida, si lo hubiera previsto, no habría celebrado el contrato". Sacco (2002: 900).

Sobre el particular, nuestro Código Civil no contiene una norma similar al artículo 1455 del Código Civil Italiano, sin embargo, consideramos en atención a la doctrina que seguimos, que el deber de cooperación al cumplimiento incide directamente en la ejecución de la prestación, que si bien no es la obligación en sí, sí puede considerarse su base fundamental o centro, por lo cual, sostenemos que puede calificarse de un **incumplimiento "grave", ya que este tipo de incumplimiento afecta definitivamente la relación jurídica obligacional que genera el contrato.**

Para analizar la gravedad del incumplimiento del deber de cooperación, consideraremos lo postulado por Roppo (2009:880.881) para el análisis del incumplimiento:

"Así primero se utilizará un criterio objetivo no referido a calificaciones abstractas (prestación principal o accesoria; materia de obligación voluntaria o legal), sino a la función y al peso que la prestación incumplida tiene en el cuadro integral del contrato valorado en concreto. También debe utilizarse un criterio subjetivo relacionado con el interés de la víctima del incumplimiento, es decir el interés que se tenía en la prestación y como este interés se ha visto afectado por el incumplimiento" Roppo (2009:880,881).

Cuando definimos la cooperación al cumplimiento señalamos que son conductas de acción u omisión del acreedor que obstaculizan el

cumplimiento de la prestación a cargo del deudor. A riesgo de sonar repetitivos y en un ámbito puramente práctico, la idea de mercado fue creada para esbozar el concepto de espacio en el cual se realizan operaciones de intercambio. Cuando el deudor y acreedor ingresan a ese espacio su finalidad es obtener un bien o servicio para satisfacer una necesidad.

En la mayoría de casos, posiblemente en todos los casos, quien asume la posición de deudor lo hace con la finalidad de obtener una ganancia o beneficio, ningún deudor se vincula para permanecer en un estado de sujeción permanente, ya que ello no es bueno para él y mucho menos para el mercado que pierde uno de sus agentes cuyos recursos destinados al cumplimiento se mantienen congelados. Así como el acreedor tiene un interés en la ejecución de la prestación, el deudor tiene un interés en el cumplimiento de su prestación y su consecuente liberación del vínculo obligatorio.

Las acciones u omisiones del acreedor que obstaculizan el cumplimiento del deudor, privan de eficacia un negocio jurídico que nació válido y para cumplirse. Este comportamiento es de tal gravedad y magnitud que frustra la posibilidad de cumplimiento. Volviendo a los criterios de análisis que propusimos al inicio de este capítulo, es decir la calificación de prestación (criterio objetivo) o el interés que se protege (criterio subjetivo), podemos concluir que si el deudor hubiera previsto que sus recursos se mantendrían congelados, porque el interesado no le permitiría cumplir, no habría celebrado el contrato.

De acuerdo a lo previamente señalado, el derecho de crédito otorga a su titular la potestad de incidir en la esfera jurídica de su contraparte, esto ha sido permitido por el acuerdo de las partes, sin embargo, el ejercicio de este derecho no debe exceder los límites de la obligación, es decir no se puede gravar más la situación de la parte deudora, ya que esto trastoca su interés de cumplir y en consecuencia liberarse de la obligación.

5.3.3. La ausencia de causas justificantes

Este requisito no se encuentra expresamente contemplado en nuestro Código Civil, pero puede inferirse de la aplicación del artículo 1362 de dicho cuerpo legal, a decir de Ronquillo (2016:117) con quien compartimos esta posición.

Al respecto, el autor citado trae a colación lo expresado en el artículo 114(6) del Proyecto Gandolfi:

“El acreedor no tiene derecho a resolver el contrato si el cumplimiento depende exclusivamente de una acción u omisión que le sea imputable, a reserva de la facultad de aplicar los artículos 103 y 104. Tampoco tendrá este derecho si ha hecho creer a la otra parte que no procedería a la resolución, aun tratándose de un **incumplimiento grave**”. Ronquillo (2016:117).

“En relación a las causas justificantes, para que el acreedor no pueda solicitar la resolución, pese a que objetivamente no se está cumpliendo la obligación, es cuando este incumplimiento parte de su falta de cooperación, o cuando existe tolerancia al incumplimiento de su deudor”.

5.4. La resolución por intimación como remedio adecuado para el incumplimiento del deber de cooperación al cumplimiento

Habiendo indicado que el remedio que proponemos ante el incumplimiento del deber de cooperación al cumplimiento es la resolución por incumplimiento, es necesario indicar a cuál de los sistemas previstos en la doctrina y reconocidos por nuestro Código Civil se recurrirá para su activación.

Las modificaciones al derecho de obligaciones y contratos, vigente en Francia a partir del 1 de octubre de 2016, reconocen a la resolución unilateral (resolución extrajudicial) en el nuevo artículo 1226.

Savaux (2016:13) refiere en relación a la reforma francesa:

“La resolución unilateral del contrato por cuenta y riesgo del acreedor en caso de incumplimiento suficientemente grave, que se estableció en la jurisprudencia a partir de la sentencia Tocqueville, se instauró como una forma ordinaria de resolución del contrato por incumplimiento, al lado de la cláusula resolutoria y la resolución judicial”. Savaux (2016:13).

La integración de la resolución extrajudicial dentro del sistema jurídico francés se sustenta en los innegables beneficios que ésta conlleva. Ello en

atención a que “la resolución judicial, implicaba que el incumplimiento debía ser reconocido por un juez y por tanto la resolución debía ser declarada por éste funcionario para ser válida; de lo contrario quien **declaraba la resolución “unilateralmente” lo hacía por su cuenta y riesgo**”.

“Con lo señalado no queremos decir que en Francia no se efectuaba una resolución por iniciativa de una de las partes, sólo que ésta no tenía una norma legal que la reconociese”, por ello, cuando se ejercitaba este remedio por vía extrajudicial, generalmente, se termina recurriendo al poder judicial para que se reconocieran sus efectos.

Siguiendo las iniciativas legislativas modernas y atendiendo a que la resolución extrajudicial sí se encuentra prevista y legitimada por nuestro Código Civil, consideramos que la resolución por el incumplimiento del deber de cooperación al cumplimiento, puede activarse, tanto mediante el sistema judicial como por el sistema extrajudicial.

Al respecto, el sistema judicial implicara una declaración directa del desinterés del deudor en ejecutar su prestación, es decir el acreedor ya no podrá prestar su cooperación.

Por ello, si bien nada impide que el deudor opte por el sistema de resolución judicial, consideramos que la resolución extrajudicial se condice en mayor grado con la buena fe que sustenta la existencia del deber de cooperación.

Dado que una de las bases sobre las que se sustenta la exigibilidad del deber de cooperación al cumplimiento es la buena fe, consideramos que no correspondería aplicar la resolución judicial que implica la manifestación directa del desinterés en la prestación y cuyos efectos hacen que sea imposible el cumplimiento una vez requerida judicialmente la resolución.

En ese sentido, optamos porque la vía por la cual se resuelva un contrato por incumplimiento de deber de cooperación al cumplimiento sea la resolución por intimación, en la cual otorgado el plazo: a) el acreedor aún estaría en oportunidad de prestar la cooperación debida, b) transcurrido dicho plazo quedaría plenamente acreditado el comportamiento de falta de cooperación; y c) si la parte a la cual resolvieron el contrato no se

encuentra de acuerdo puede recurrir al Poder Judicial para un control sobre el juicio de resolubilidad.

La resolución por intimación garantiza hasta el punto máximo la posibilidad de cumplimiento, ya que si el acreedor presta su cooperación, el elemento externo que amenazaba con privar de efectos al contrato cesa y la finalidad del mismo puede llegar a concretarse, ganando así el mercado y todos los sujetos que participan en él.

Asimismo, dado el contexto actual, en el que el incumplimiento está directamente relacionado con la inejecución o ejecución parcial tardía o defectuosa de las prestaciones del contrato, el reconocimiento de un deber de cooperación a favor del deudor, es un concepto que va obtener su contenido del análisis de cada caso en concreto. Por lo que, la intimación, fungirá de medio probatorio que coadyuve a evidenciar la acción u omisión del acreedor que está impidiendo el cumplimiento.

Con lo indicado no queremos desconocer que, reconocida la posibilidad de resolver el contrato por el incumplimiento del deber de cooperación, el deudor no pueda recurrir al modelo de resolución judicial. Sin embargo, atendiendo a que uno de los pilares sobre los que se postula la existencia del deber de cooperación del acreedor hacia su deudor, es la buena fe, debemos optar por aquel modelo que como ya indicamos, garantiza hasta el punto máximo la cooperación que debe existir en la ejecución de un contrato.

En relación a la resolución por cláusula resolutoria expresa, consideramos que se encuentra fuera del ámbito del problema de investigación, dado que si las partes han indicado de manera expresa que la cooperación al cumplimiento constituye una obligación del contrato cualquiera de las partes puede hacer valer dicha cláusula sin mayor inconveniente, ya que aquello que en principio era un deber, ha sido elevado a la categoría de obligación por la manifestación de voluntad de las partes.

Análisis de la Casación N° 3608-2014-LIMA – Reconocimiento del deber de cooperación por los operadores jurídicos peruanos

Finalmente, podemos advertir que no solo los proyectos legislativos y

académicos más importantes reconocen la existencia del deber de cooperación al cumplimiento, sino también los operadores jurídicos nacionales. Al respecto analizaremos la Casación N° 3608-2014-LIMA, para determinar el reconocimiento por parte de la jurisprudencia de éste deber, no obstante, no denominarlo deber de cooperación al cumplimiento.

Del análisis de la Casación N° 3608-2014-LIMA emitida por La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se advertirá que se reconoce la existencia del deber de cooperación entre las partes a fin de salvaguardar el interés que se busca como resultado de la celebración del contrato a partir de la interpretación de la cláusula general de buena fe contenida en el artículo 1362 de nuestro Código Civil.

Se trata del recurso de casación, interpuesto por Industria de Fortificación Minera Sociedad Anónima Cerrada contra la sentencia de fecha 5 de setiembre de 2014, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima misma que revocando la apelada de fecha 26 de agosto de 2013, declaró infundada la demanda incoada por la impugnante contra la Asociación Dansey 2010, sobre resolución de contrato e indemnización por daños y perjuicios.

Como antecedente del caso, se tiene que, Fortificación Minera Sociedad Anónima Cerrada había celebrado un contrato de Leasing con opción de compra con el Banco Scotiabank, respecto del inmueble ubicado en el Jirón Rodolfo Beltrán número novecientos veinticinco - novecientos veintinueve de la Urbanización Industrial, Distrito, Provincia y Departamento de Lima.

En relación a éste bien inmueble, el 13 de julio de 2011, Industria de Fortificación Minera Sociedad Anónima Cerrada y Asociación Dansey 2010, celebraron un contrato de compraventa, por la suma de un millón novecientos mil dólares americanos (US\$1'900,000.00).

La cláusula tercera del referido contrato de compraventa establecía que el pago del precio a cargo de Asociación Dansey 2010 se realizaría en dos partes la primera correspondiente a la suma de cuatrocientos ochenta y ocho mil doscientos catorce dólares americanos con setenta y ocho centavos (US\$488,214.78), que incluía el monto de ciento ochenta y ocho mil doscientos catorce dólares americanos con setenta y ocho centavos

(US\$ 188,214.78) destinados a la cancelación del arrendamiento financiero (Leasing) que mantenía Industria de Fortificación Minera Sociedad Anónima Cerrada con el Banco Scotiabank y el saldo restante sería abonado mediante un crédito hipotecario. Asimismo, dicha cláusula disponía que el pago de la segunda cuota se realizaría en el plazo de 30 días calendario desde la suscripción del contrato, es decir el 12 de agosto de 2011.

El 6 de septiembre de 2011 Asociación Dansey 2010 remite una carta notarial a Fortificación Minera Sociedad Anónima Cerrada por la cual solicitó se eleve a escritura pública el referido contrato, en atención a acreditar su calidad de propietaria del bien inmueble, para poder proseguir con los trámites correspondientes al crédito hipotecario.

El 12 de septiembre de 2011 Fortificación Minera Sociedad Anónima Cerrada responde la carta notarial manifestando que dado que no se había cumplido con el abono del saldo del precio en el plazo que se estipuló; no existía obligación de su parte en suscribir escritura pública alguna.

El 23 de septiembre de 2011, Fortificación Minera Sociedad Anónima Cerrada, formuló demanda de resolución de contrato y reconocimiento de indemnización por daños y perjuicios ante el Trigésimo Quinto Juzgado Civil de Lima.

El 15 de noviembre de 2011 se inscribió la propiedad del inmueble a nombre de Fortificación Minera Sociedad Anónima Cerrada.

El 26 de agosto de 2013, el Trigésimo Quinto Juzgado Civil de Lima declaró fundada la demanda de resolución y declaró la inexistencia de daños y perjuicios.

Sentencia de Segunda Instancia

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la sentencia de primera instancia y declaró infundada la demanda en cuanto a la resolución del contrato, asimismo, confirmó la inexistencia de daños y perjuicios.

Los argumentos de la segunda instancia reconocen la existencia de deberes a cargo de la parte demandante (acreedora del pago) correspondientes a la inscripción oportuna de su derecho de propiedad, a fin de facilitar que la parte deudora cumpliera con suscribir el contrato de crédito hipotecario, por el cual obtendría los recursos con los que cumpliría el pago del saldo restante del precio.

“Cuando se celebró el contrato de compraventa la parte demandante no tenía la calidad de propietaria sino el Banco Scotiabank, por lo que no se podría perfeccionar el crédito hipotecario, ya que la demandada no era propietaria y menos aún tenía derecho inscrito a su nombre, lo que ocurrió 4 meses después el 15 de noviembre de 2011”.

“Si las partes establecieron taxativamente en el contrato que el precio estaba sujeto a un crédito hipotecario, el mismo que **generó la necesidad de que la vendedora cumpliera con inscribir su Derecho de Propiedad** sobre el predio sub judice para que tal garantía se otorgase, es forzoso concluir que la compradora ahora demandada tenía una **causa que justifica** el incumplimiento que se le atribuye ya que **no le era posible, ni exigible, pagar el precio cuando no se habían dado las condiciones previas que el propio acuerdo presupone de forma implícita**, de acuerdo con la buena fe y común intención de las partes previsto en el artículo 1362 del Código Civil” (Subrayado y negrita agregado).

De los dos argumentos reproducidos previamente, se concluye que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima considera que la no inscripción oportuna del derecho de propiedad de la parte demandada ha representado una dificultad para el cumplimiento de la parte demandada, no obstante, reconoce a esta situación **como una “causa justificante” para el incumplimiento del pago del saldo restante del precio**, no como un deber de cooperación a cargo del acreedor, al menos no utilizando esta denominación.

Cuando indicamos los requisitos que se deben cumplir en el análisis de los casos que se someten a resolución por incumplimiento, señalamos que las causas justificantes no se encuentran expresamente reconocidas por el

Código Civil Peruano, sin embargo, la jurisprudencia sí recurre a esta figura, para evitar excesos como los cometidos en este caso. Asimismo, su uso se justifica en los deberes implícitos que nacen del principio de buena fe establecido en el artículo 1362 del Código Civil.

Al respecto, consideramos que la necesidad de la inscripción del derecho de propiedad de la parte demandante, no es parte de su prestación, la cual consistía en la transferencia de la propiedad de bien inmueble, no obstante, dicha inscripción era indispensable, para la obtención del crédito hipotecario, con el cual se obtendrían el dinero necesario para el cumplimiento de la presentación a cargo de la parte deudora, que era el pago del precio.

El caso analizado resulta muy ilustrativo, para comprender, como actividades que no se encuentran expresamente previstas como exigibles entre las partes, pueden devenir de la evaluación de las circunstancias y de la cooperación que debe existir entre las partes.

Si bien en este caso, es claro que nos encontramos ante un contrato con prestaciones recíprocas. La parte demandante ostenta la calidad de acreedora del pago del precio, por lo que su deber de cooperación al cumplimiento, está representado por las acciones u omisiones que en su calidad de acreedora pueda realizar para facilitar a la parte deudora el cumplimiento de su prestación.

Sentencia de Casación

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, declaró infundado el recurso de casación y dispuso no casar la sentencia de segunda instancia por los siguientes argumentos:

“La exigencia de que el derecho de propiedad de la actora se halle inscrito en los Registros Públicos, conforme lo ha determinado la recurrida, **no emana del hecho que en el contrato sub materia así se haya establecido**, conforme arguye la recurrente, sino más bien del hecho pacífico que el saldo del precio de la venta iba a ser abonado mediante un crédito hipotecario, por lo que **era necesario** que la actora inscribiera su derecho de propiedad a fin de que los

trámites de préstamo hipotecario ante la entidad bancaria opere por **lo menos sin causa que sea atribuible a su parte**". (Subrayado y negrita agregado).

"Si la parte vendedora acepta expresamente que el pago del precio se cancelará a través de un crédito hipotecario, **implícitamente asume** que en forma oportuna logrará sanear los títulos hasta el máximo nivel exigible por las entidades financieras, que no es otro que la inscripción de su derecho en los Registros Públicos, lo que obviamente constituye un requisito previo para el nacimiento jurídico de la hipoteca que ya venía siendo tramitada por la demandada con anterioridad a la celebración del Contrato de Compraventa de fecha **trece de julio de dos mil once**". (Subrayado y negrita agregado).

Del análisis de esta sentencia, se advierte además, que para el reconocimiento del deber de cooperación al cumplimiento, no es necesario que el contrato lo estaleca como parte de las prestaciones, ya que se considera como parte de los deberes que ostenta el titular del crédito. Asimismo, el contenido de este deber debe analizarse conforme a cada caso.

Voto en Minoría - Sentencia de Casación

La sentencia de casación contiene un voto en minoría, que reconoce la interpretación errónea del artículo 1428 del código civil, por lo que declara fundado el recurso de casación interpuesto por Industria de Fortificación Minera Sociedad Anónima Cerrada; casa la sentencia dictada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y dispone se confirme la sentencia de primera instancia.

"**No resulta** relevante para los fines de la resolución determinar si los tramites del préstamo hipotecario ante la entidad bancaria se encontraban supeditados a la inscripción del derecho de propiedad de la parte actora lo cual surge de la interpretación errónea de lo dispuesto por el artículo 1428 del Código Civil al considerar que dicha norma alude a causa de justificación estableciéndose que por no tener la vendedora derecho inscrito era imposible que la compradora cumpla con el pago del precio por no haberse obtenido

el crédito hipotecario”.

El voto en minoría señala que las causas justificantes no debían haber sido incluidas en el análisis de una controversia que se sustentada en la aplicación del artículo 1428 del Código Civil, debiendo solo analizarse el incumplimiento de la prestación para aplicar el remedio de resolución del contrato.

Esta posición realiza un análisis del incumplimiento tomando en consideración sólo las prestaciones del contrato, por lo que concluye que **no se ha incumplido ninguna prestación, ya que la parte demandante “no tenía injerencia” en los tramites correspondientes a la** obtención del crédito hipotecario que era una situación que se encuentra a cargo de su contraparte.

Para la jueza que emite el voto en minoría, la parte demandante no tenía ningún deber de cooperar con su deudor para que se cumpliera el fin del contrato. Obviamente, el análisis del voto en minoría parte de la concepción tradicional de obligación, cuyos puntos débiles ya hemos mencionado oportunamente.

Finalmente, sobre el voto en minoría, este nos permite acreditar que si la doctrina no postula un discurso lo suficientemente persuasivo que posibilite a los operadores del derecho analizar y entender las figuras jurídicas que aplican, superando conceptos desfasados o limitativos, existe la posibilidad que se emitan decisiones injustas como las que se indican en el voto en minoría.

CONCLUSIONES

- A. La situación jurídica subjetiva, tiene un estrecho vínculo con la norma jurídica, ya que esta designa la situación o posición del sujeto dentro de la relación jurídica, definiendo así su situación jurídica.
- B. La importancia del estudio de las situaciones jurídicas radica en que a través de él se establece el lenguaje jurídico en el que los operadores del derecho nos desenvolvemos. Entender la definición de cada situación jurídica nos permite establecer correctamente el mecanismo de protección que esté previsto para cada una de ellas.
- C. El deber jurídico es una situación jurídica subjetiva, de desventaja activa, es decir, un comportamiento normativamente impuesto a favor de otro sujeto de derecho, a cuyo interés subordinamos nuestro comportamiento.
- D. El derecho subjetivo es una situación jurídica que comprende un interés y un poder garantizado por el derecho objetivo, cuyo contenido se encuentra compuesto por las facultades jurídicas, que son las manifestaciones del derecho mismo.
- E. La carga es la situación jurídica por la cual se subordina un interés del gravado a otro interés del mismo sujeto. La persona colocada en la necesidad de adopción de esta conducta se ve situada, en caso de inobservancia, frente a ciertas desventajas jurídicas. La observancia del comportamiento es precisa para el buen resultado del propio interés.
- F. Podemos considerar que en su forma primigenia, la obligación consistía en un vínculo que constreñía al obligado hasta el punto físico, sin embargo, ésta primera aproximación es superada con la patrimonialización del deber de prestación.
- G. Muchas veces las definiciones tradicionales de obligación exaltan la posición del deber jurídico al punto de considerarlo como un estado de sujeción, sin embargo, el deber jurídico se caracteriza por permitir un margen de libertad al obligado, este margen es cumplir o

no cumplir, pero en caso de incumplir deberá asumir el resarcimiento que corresponda.

- H. Las críticas a las definiciones tradicionales de obligación pueden clasificarse de la siguiente manera: a) Contraposición de las partes que componen la obligación, maximizando la importancia del derecho de crédito o exaltando el deber del deudor hasta el punto de considerarlo como un estado de sujeción, b) Identificación de la obligación con el deber jurídico y c) Proponiendo que la obligación sea entendida como una relación jurídica compleja.
- I. La obligación desde una perspectiva moderna es una situación jurídica compleja que engloba otras situaciones jurídicas diferentes al crédito y débito, por lo que la obligación no debe asimilarse al derecho de crédito ni al deber de prestación.
- J. La cooperación puede adoptar múltiples significados, entre los cuales podemos agrupar 3 grande conceptos, a) cooperación en sentido genérico, b) deber de cooperación y c) cooperación en sentido técnico.
- K. La cooperación al cumplimiento es un deber que se encuentra dentro de la relación obligatoria como estructura compleja. Este deber se ubica dentro del derecho de crédito, porque es exigible al titular de la situación activa de la relación obligatoria, en atención a los deberes que impone la cláusula normativa general de buena fe contemplada en el artículo 1362 del Código Civil Peruano.
- L. Dentro del contenido del deber de cooperación al cumplimiento se encuentran la pluralidad de actos que implica la ejecución del contrato, así, la cooperación al cumplimiento contendrá los actos de cooperación que se han indicado expresamente en el contrato a cargo del acreedor, los actos que sin estar expresamente contemplados están a cargo del acreedor porque una norma supletoria así lo indica y por último pero posiblemente el supuesto que representa la mayoría de los casos, los actos que sólo pueden estar a cargo del acreedor para cooperar en la ejecución del contrato independientemente de que dicho deber se haya indicado en el

contrato o en una norma supletoria.

- M. Los remedios a favor del deudor ante la falta de cooperación del acreedor, permiten que el estado de sujeción de deudor se mantenga de manera indefinida, impidiendo una efectiva tutela del deudor.
- N. Ni la mora del acreedor ni el pago en consignación garantizan la liberación del deudor del vínculo obligacional.
- O. El pago por consignación tiene dos etapas, el ofrecimiento de pago y la consignación. Solo la consignación tiene el efecto extintivo de las obligación y por tanto el efecto liberatorio.
- P. El ofrecimiento de pago puede ser judicial o extrajudicial, sin embargo, la consignación siempre será judicial.
- Q. La falta de cooperación del acreedor, implica que el ofrecimiento de pago que debe realizar el deudor deba ser de carácter judicial, es decir ofrecer el cumplimiento en audiencia, lo cual es impracticable en muchos casos.
- R. La falta de cooperación del acreedor al incumplimiento cumple con los requisitos del remedio de resolución: a) reciprocidad de las prestaciones, b) gravedad del incumplimiento y c) falta de causas atenuantes.
- S. El incumplimiento del deber de cooperación al cumplimiento debe sancionarse con el remedio de resolución del contrato bajo el sistema extrajudicial por medio de intimación.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS BUSTAMANTE, Linio Rodríguez.

1965

Derecho de Obligaciones. Madrid: Editorial de Derecho Privado.

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano

2005

"Mora del Acreedor y Resolución del Contrato por Incumplimiento de la Carga de Colaboración". En *ADVOCATUS* Revista de los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, pp. 157-179.

BETTI, Emilio.

1969

Teoría General de las Obligaciones. Dos Tomos. Madrid: Editorial de Derecho Privado.

BIANCA, Massimo.

2007

Derecho Civil 3 El Contrato. Lima: Externado de Colombia.

BORJA SORIANO, Manuel

1959

Teoría General de las Obligaciones. México D.F.: Editorial Porrúa S.A.

BUCHER, Eugen.

2006

Comentario del 2006 a "La diversidad de Significados de Schuldverhältnis (relación obligatoria) en el Código Civil Alemán y las Tradicionales Fuentes Extralegales de las Obligaciones". *INDRET Revista para el análisis del derecho*. Consulta: 4 de diciembre del 2014.

http://www.indret.com/pdf/383_es.pdf

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio.
1988

Las Cargas del Acreedor en el Derecho Civil y en el Derecho Mercantil. Editorial Montecorvo, S.A.

CANNATA, Carlos Augusto
2007

“La Obligación en General”. En LEÓN, Leysser. *Derecho de las Relaciones Obligatorias Lecturas Seleccionadas y traducidas para uso de Estudiantes Universitarios.* Lima: Juristas Editores, pp. 99-110.

CAMPOS, Héctor
2017

Clases de Negocio Jurídico: Héctor Campos sobre las situaciones jurídicas subjetivas [videograbación]. Ciudad: Lima. Consulta: 26 de noviembre de 2018.

<https://www.youtube.com/watch?v=ecITowLVhFk>

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A.
2007

“Los Deberes de Protección II”. En LEÓN, Leysser. *Derecho de las Relaciones Obligatorias Lecturas Seleccionadas y traducidas para uso de Estudiantes Universitarios.* Lima: Juristas Editores, pp. 156-158.

CARNELUTTI, Francisco
1955

Teoría General del Derecho. Traducción del italiano por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

CATENACCI, Imerio Jorge.
2001

Introducción al Derecho Teoría General. Argumentación Razonamiento Jurídico. Buenos Aires. Editorial Astrea.

CAZEAUX, Pedro N.
1984

Derecho de las Obligaciones. Dos Tomos. La Plata:
Librería Editorial Palestra.

CIENFUEGOS FALCÓN, Mijail
2016

Comentario del 2016 a “**Revalorando la cláusula general de buena fe. El incumplimiento esencial en la resolución contractual**”. Consulta: 7 de julio de 2019.

“https://www.academia.edu/9789112/REVALORANDO_LA_CL%C3%81USULA_GENERAL_DE_BUENA_FE_EI_Incumplimiento_esencial_en_la_resoluci%C3%B3n_contractual_desde_un_punto_de_vista_dogm%C3%A1tico-comparativo”

CRISTÓBAL MONTES, Ángel.
1990

La estructura y los sujetos de la obligación. Madrid,
España. Editorial Civitas S.A.

DE ANDRADE NERY, Rosa María
2006

Nociones Preliminares de Derecho Civil. Traducción de
José Paulo Césare Sifuentes. Trujillo: Editora Normas
Legales S.A.C.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.
2007

El Contrato en General Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil Tomo II. Tres Tomos. Lima:
Palestra Editores.

DERNBURG, Heinrich.
2007

“El Concepto de Obligación II”. En LEÓN, Leysser.
Derecho de las Relaciones Obligatorias Lecturas

Seleccionadas y traducidas para uso de Estudiantes Universitarios. Lima: Juristas Editores. pp. 78-80.

DIEZ PICAZO, Luis.
1996

Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial Tomo II. Tres Tomos. Madrid: Editorial Civitas.

DUPICHOT, Jacques.
1984

Derecho de las Obligaciones. Bogotá- Colombia: Editorial TEMIS Librería. Versión Castellana de Rosangela Calle.

DI MAJO, Adolfo
2007

"Las Obligaciones Una Realidad Compleja". En LEÓN, Leysser. *Derecho de las Relaciones Obligatorias Lecturas Seleccionadas y traducidas para uso de Estudiantes Universitarios.* Lima: Juristas Editores, pp. 113-114.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan
2001

Comentario del 2001 a "Naturaleza Jurídica del Legítimo Interés Hacia el Rescate de su Autonomía Conceptual". Revistas PUCP. Consulta: 6 de julio del 2019.

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yPfNW5ygns0J:revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17087/17380+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>

ESPINOZA ESPINOZA, Juan
2015

Comentario del 2015 a "La Mora". Revistas PUCP. Consulta: 5 de diciembre del 2017.

<http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiQqpDo3fPXAhXE3SYKH>

[Uj3D6UQFggrMAE&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fthemis%2Farticle%2Fdownload%2F15596%2F16045&usg=AOvVaw2SuRA3DgVkOpWcuYyKtEIY](http://www.frevistas.pucp.edu.pe/index.php?themis?article?download%2F15596%2F16045&usg=AOvVaw2SuRA3DgVkOpWcuYyKtEIY)

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

“El Principio de buena fe”. Consulta: 7 de julio del 2019.

https://www.academia.edu/8031826/EL_PRINCIPIO_DE_LA_BUENA_FE_JUAN_ESPINOZA_ESPINOZA”

FALZEA, Angelo
2011

L'Offerta Reale e La Liberazione Coattiva del Debitore.
Milano: Dott. Antonino Giuffrè-Editore.

FERNANDEZ CRUZ, Gastón.
2012

“La Obligación”. En MORALES HERVÍAS, Rómulo y PRIORI POSADA, Giovanni. *De las Obligaciones en General Coloquio de Iusprivatistas de Roma y América Cuarta Reunión de Trabajo*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica. pp. 18-31.

2012b

“Introducción al Estudio de la Interpretación en el Código Civil Peruano”. En León, Leysser. *Estudios Sobre el Contrato en General*. Lima: Juristas Editores.

GANGI, Calogero
2007

“El Concepto de la Obligación”. En LEÓN, Leysser. *Derecho de las Relaciones Obligatorias Lecturas Seleccionadas y traducidas para uso de Estudiantes Universitarios*. Lima: Juristas Editores, pp. 85.

GIORGIANNI, Michele.
1958

La Obligación. Barcelona: Bosch Casa Editorial.

2007

"La obligación en el Derecho Privado". En LEÓN, Leysser. *Derecho de las Relaciones Obligatorias Lecturas Seleccionadas y traducidas para uso de Estudiantes Universitarios.* Lima: Juristas Editores. pp. 88-94.

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto.

2001

Procesos no Contenciosos. Lima: Gaceta Jurídica.

HOHFELD, W.N.

1968

"Conceptos jurídicos fundamentales". Traducción de Gerardo R. Carrió. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina S.A. pp. 45-87.

LARENZ, Karl

1952

Derecho de Obligaciones Tomo I. Dos Tomos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

LEÓN, Leysser

2004

Comentario del 2004 a "La Buena Fe en la Negociación de los Contratos: Apuntes Comparatísticos Sobre el Artículo 1362 del Código Civil Peruano y su Presunto Papel Como Fundamento de la Responsabilidad Precontractual". Consulta: 7 de julio de 2019.

["https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110751.pdf"](https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110751.pdf)

MEDICUS, Dieter

1995

Tratado de las Relaciones Obligatorias. Volumen I. Barcelona: Bosh Casa Editorial S.A.

MENGONI, Luigi.
2007a

“La Relación Obligatoria como Relación Compleja I”. En LEÓN, Leysser. *Derecho de las Relaciones Obligatorias Lecturas Seleccionadas y traducidas para uso de Estudiantes Universitarios*. Lima: Juristas Editores, pp. 145-149.

2007b

“La obligación en el Derecho Privado”. En LEÓN, Leysser. *Derecho de las Relaciones Obligatorias Lecturas Seleccionadas y traducidas para uso de Estudiantes Universitarios*. Lima: Juristas Editores, pp. 149-152.

MESSINEO, Francesco.
1971

Manual de Derecho Civil y Comercial. VIII Tomos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa –América.

2007

Doctrina General del Contrato. Lima: ARA Editores E.I.R.L.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis.
2004

Curso de Obligaciones. Tres Volúmenes. Buenos Aires: Zavalía.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis.
2016

Derecho de Obligaciones. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

MORALES HERVIAS, Rómulo.
2011

Patologías y Remedios del Contrato. Lima- Perú: Juristas Editores E.I.R.L.

2013

Comentario del 2013 a "Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil". *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. Consulta: 3 de Julio del 2014, pp. 5.

["http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/8897/9302"](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/8897/9302).

MOSCO, Luigi
1956

La Resolución de los Contratos por Incumplimiento. Traducción y notas de la 1° edición italiana. Barcelona: Dux Ediciones y Publicaciones.

NAMÉN VARGAS, William.
2015

"El Concepto de la Relación Obligatoria". En CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Derecho de las Obligaciones con Propuestas de Modernización. Tomo I, Segunda Edición*. Bogotá- Colombia: Editorial Themis S.A. pp. 1-40.

NEME VILLAREAL, Martha Lucía
2010

"La Buena Fe en el Derecho Romano, Extensión del Deber de Actuar Conforme a la Buena Fe en Materia Contractual". Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

NICOLÓ, Rosario.
1990

Comentario del 2004 a "Las Situaciones Jurídicas Subjetivas". Traducción de Carlos Zamudio Espinal. Consulta: 5 de septiembre del 2018.

["https://edoc.site/8-nicolo-pdf-free.html"](https://edoc.site/8-nicolo-pdf-free.html)

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo

2012

"Buena fe contractual", Bogotá, D.C. Grupo Editorial Ibàñez.
Segunda Edición

ORLANDO CASCIO, Salvatore.

2007

"El Concepto de "Obligación" en la doctrina". En LEÓN, Leysser. *Derecho de las Relaciones Obligatorias Lecturas Seleccionadas y traducidas para uso de Estudiantes Universitarios*. Lima: Juristas Editores, pp. 80-84.

OSTERLING PARODI, Felipe y REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso

2006

Comentario del 2006 a **"Mora del Acreedor Fundamentos y Alcances Sobre los Mecanismos de Liberación"**.
Consulta: 5 de diciembre de 2017.

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Mora%20del%20acreador.pdf>

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario

2008

Compendio de Derecho de las Obligaciones. Lima:
Palestra Editores S.A.C.

PACHECO GÓMEZ, Máximo.

1990

Teoría del Derecho. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

PADILLA, A. René.

1983

La Mora en las Obligaciones. Buenos Aires: Editorial
Astrea.

PALACIOS MARTÍNEZ, Eric.

2003

"Resolución de Contrato por Incumplimiento" En Código Civil
Comentado por los 100 Mejores Especialistas. Tomo VII.

Contratos en General. Consulta: 1 de abril de 2019.

"<https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-vii.pdf>"

PALACIOS MARTÍNEZ, Eric y NÚÑEZ SÁENZ, Ysmael.
2004

Teoría General de las Obligaciones. Lima: Juristas Editores.

PÁJARO MORENO, Nicolás.
2015

"El Contrato y sus Principios Orientadores". En Marcela Castro de Cifuentes - Coordinadora. *Derecho de las Obligaciones con Propuestas de Modernización.* Bogotá: Universidad de los Andes, pp. 419.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.
2007

"Buena Fe y Común Intención de las Partes". PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. *Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas Tomo VII Contratos en General.* Lima: Gaceta Jurídica, pp. 121-128.

POLETTI, Dianora.
2007

"El Interés del Deudor y la Mora del Acreedor" en la doctrina". En LEÓN, Leysser. *Derecho de las Relaciones Obligatorias Lecturas Seleccionadas y traducidas para uso de Estudiantes Universitarios.* Lima: Juristas Editores, pp. 123-126.

PRADO LÓPEZ, Pamela
2016

Comentario del 2016 a "La inobservancia al deber de colaboración del en el derecho chileno: un caso de

incumplimiento contractual". *Revista de Derecho Valdivia*.
Consulta: 18 de noviembre de 2017.

["http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173749299003"](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173749299003)

RONQUILLO PASCUAL, Jimmy Javier
2016

La Resolución por Incumplimiento y sus Problemas a Nivel Legislativo y Jurisprudencial. Tesis Para Optar Por el Grado de Magíster en Derecho Civil. Lima: Pontifica Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.

ROPPO, Vincenzo
2009

El Contrato. Lima: Gaceta Jurídica.

SACCO, Rodolfo
2012

"La Resolución por Incumplimiento". En LEÓN, Leysser. *Estudios Sobre el Contrato en General*. Lima: Juristas Editores.

SAN MARTIN NEIRA, Lilian
2009

Comentario del 2009 a "Sobre la Naturaleza Jurídica de la Cooperación del Acreedor el Cumplimiento de la Obligación: La Posición Dinámica del Acreedor en la Relación Obligatoria, Como Sujeto no Solo de Derechos sino También de Cargas y Deberes". Revista De Derecho Universidad De Concepción. Consulta: 29 de junio del 2017.

<http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=3083>

SAVAUX, Eric
2016

Comentario del 2016 a "El Nuevo Derecho Francés de Obligaciones Contratos". REAL ACADEMIA DE

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN. Consulta: 13 de noviembre del 2017.

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2016-30071500741_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_El_nuevo_Derecho_franc%E9s_de_obligaciones_y_contratos

SCHILMAN, Benito Daniel

SHULD Y HAFTUNG Concepto. Origen. Alcance. Consecuencias. Consulta: 29 de junio de 2017, pp 1-13.

“ <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/view/12827/11490>”.

SOHM, Rodolfo
1936

“Instituciones de Derecho Privado Romano Historia y Sistema”. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, Cuarta Edición.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal.
1991

Derecho Civil Parte General Introducción al Derecho Parte General. Lima: Cultural Cuzco S.A

TRABUCCHI, Alberto
1967

Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la decimoquinta edición italiana con notas y concordancias al derecho español por Luis Martínez-Calcerrada. Dos Tomos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

TRIMARCHI, Pietro
1989

Istituzioni di Diritto Privato. Ottava Edizione. Milano:

Dott. A. Giuffré Editore, S.p.A.
VON SAVIGNY, Friedrich Carl
2007

"Concepto de la Obligación I". En LEÓN, Leysser. *Derecho de las Relaciones Obligatorias Lecturas Seleccionadas y traducidas para uso de Estudiantes Universitarios*. Lima: Juristas Editores, pp. 77-78.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando
1985

"Concepto de Derecho Subjetivo". *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, pp. 527-554.

1990

Tratado de Derecho Civil. Tomo III. Lima: Cultural Cuzco S.A.

VON TUHR, A.
1998

Derecho Civil, Teoría general del derecho civil alemán, Volumen I, Los derechos subjetivos y el patrimonio, Traducción de Tito Ravá, Marcial Pons. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

VON TUHR, A.
2007

Tratado de las Obligaciones. Traducción del alemán. Granada: Editorial Comares S.L.

WAYAR, C. Ernesto
2004

Derecho Civil Obligaciones. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.

ZATTI, Paolo.
2003

Comentario del 2005 a “Situaciones Jurídicas Subjetivas”. Traducción, con autorización del autor, de Vladimir Contreras Granda y Gilberto Mendoza Del Maestro. Consulta: 5 de septiembre del 2018.

<https://edoc.site/situacion-juridica-zatti-pdf-free.html>

ZIMMERMANN Reinhard.
2008

El Nuevo Derecho Alemán de Obligaciones Un Análisis desde la Historia y el Derecho Comparado. Barcelona: Editorial Bosch S.A.C. Traducción al Castellano por Esther Arrollo i Amayuelas

