

Carlos Alberto
Chinchilla Imbett

Mauro
Grondona

Editores

Incumplimiento y sistema de remedios contractuales

Fernando Alarcón Rojas

Alberto Maria Benedetti

José Félix Chamie

Carlos Alberto Chinchilla Imbett

Andrea D'Angelo

Matteo Dellacasa

Mauro Grondona

Aída Patricia Hernández Silva

Jorge Herrera M.

Milagros Koteich Khatib

Margarita Morales Huertas

Pablo Moreno Cruz

Martha Lucía Neme Villarreal

Fabrizio Piraino

Paula Natalia Robles Bacca

Javier M. Rodríguez Olmos

Vincenzo Roppo

Universidad
Externado
de Colombia

CARLOS ALBERTO
CHINCHILLA IMBETT

MAURO
GRONDONA

Editores

INCUMPLIMIENTO Y SISTEMA DE REMEDIOS CONTRACTUALES

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Incumplimiento y sistema de remedios contractuales / Aída Patricia Hernández Silva [y otros] ; Carlos Alberto Chinchilla Imbett, Mario Grondona (editores). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.

770 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587905595

1. Responsabilidad contractual – Colombia 2. Responsabilidad civil – Colombia 3. Incumplimiento de contrato -- Aspectos constitucionales – Colombia 4. Derecho civil -- Colombia I. Chinchilla Imbett, Carlos Alberto, editor II. Grondona, Mauro, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

346 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

febrero de 2021

ISBN 978-958-790-559-5

© 2021, CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT Y MAURO GRONDONA (EDITORES)

© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: febrero de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Panamericana Formas e Impresos S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

FABRIZIO PIRAINO*

El cumplimiento de la obligación

Sumario: Primera parte: 1. Premisa: el cumplimiento en la prospectiva de la disciplina general de las obligaciones. 2. La disciplina italiana del cumplimiento: la exactitud. 3. La *correttezza* de la prestación: el rol de la buena fe. 4. La diligencia y la pericia. 5. Las obligaciones instrumentales y accesorias legales y las modalidades de tiempo y de lugar de la prestación. 6. Los destinatarios del cumplimiento. 7. El pago y la imputación. 8. La *datio in solutum*. Segunda parte: 9. La noción de cumplimiento y la cuestión del objeto de la obligación. 10. La teoría personal y las teorías patrimoniales de la obligación. 11. La diversidad en el contenido de la deuda y el derecho de crédito y la individuación del cumplimiento. Bibliografía.

En memoria de Piero Schlesinger

PRIMERA PARTE

I. PREMISA: EL CUMPLIMIENTO EN LA PROSPECTIVA DE LA DISCIPLINA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

Una reflexión sobre el cumplimiento requiere una aclaración dogmática de carácter preliminar: en los discursos de los juristas y en el lenguaje legislativo, el término “cumplimiento” es usado para denotar tanto la exacta y correcta ejecución del contrato como el exacto y correcto cumplimiento de la obligación¹. Baste pensar, en el derecho italiano, en el decisivo art. 1453 del c.c. it., relativo a la violación de los contratos sinalagmáticos, en donde, precisamente, el legislador emplea el verbo “cumplir” para indicar la ejecución de la relación contractual². Como es bien sabido, a pesar de la elección legislativa basada en la tradición francesa, entre ejecución del contrato y cumplimiento de la obligación no hay correspondencia biunívoca³. En efecto, pueden tener lugar hipótesis

* Profesor Ordinario de la Universidad de Palermo, Italia.
Traducción de María Elisa Camacho

1 Al tema le he dedicado un estudio más amplio: PIRAINO, F. *El cumplimiento de la obligación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, *passim*.

2 El art. 1453 c.c. it. Recita: “En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumple sus obligaciones, el otro puede a su elección pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin menoscabo, en todo caso, del resarcimiento del daño”.

3 Para un enfoque análogo *cfr.* MAZZAMUTO, S. *Il contratto di diritto europeo*, Turín, Giappichelli, 2020, pp. 332 ss.

de violación del contrato que no revisten la forma del incumplimiento de una obligación y, respectivamente, situaciones de incumplimiento de obligaciones que no nacen del contrato. Cuando se emplea el sintagma “cumplimiento del contrato”, se alude a la exacta producción de los efectos que se desprenden de aquel, y los efectos contractuales que se le atribuyen –como bien se sabe– no se agotan en la obligación, sino que también cobijan el efecto real y el efecto de garantía.

En cuanto a la garantía pura, esta debe distinguirse de los institutos –también conocidos con el término de “garantía”– destinados a incidir sobre las reglas de responsabilidad patrimonial mediante el reforzamiento de la posición del acreedor, como sucede con las causas legítimas de prelación o con las garantías personales. La garantía pura es una posición sustancial activa y en la literatura latinoamericana es identificada con el sintagma “prestación de seguridad”⁴. Una línea de pensamiento tradicional, que se vincula a la figura romana de la obligación de *praestare*⁵, comprende la garantía pura como una obligación. En este sentido también se orienta Fernando Hinestrosa, quien distingue la *obligación de seguridad* de la *obligación de garantía*, entendida como vínculo obligatorio particularmente severo, por ejemplo, en las hipótesis de *receptum*, o incluso como vínculo en el cual el deudor también responde en presencia de caso fortuito o fuerza mayor⁶. La *prestación de seguridad* es comprendida como objeto de una relación obligatoria en la cual el resultado esperado por el acreedor no consiste en una utilidad específica y tangible, sino en una condición, justamente, de seguridad con relación a determinados riesgos respecto de los cuales el acreedor es protegido por las consecuencias nocivas que se puedan desprender, ya sea en su totalidad o en una parte de ellas⁷.

A este encuadramiento dogmático venerado, alimentado por el pensamiento francés que a este respecto ha hablado de una *obligation de résultat absolue*⁸,

4 HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 253 ss.

5 Sobre el *praestare*, cfr. CARDILLI, R. *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C. – II sec. d. C.)*, Milán, Giuffrè, 1995, *passim*, en part., pp. 109 ss.

6 HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., pp. 251–253.

7 *Ibidem*, p. 254.

8 STARCK, B., ROLAND, H. y BOYER, L. *Droit civil. Les Obligations. 2. Contrat*, 6.^a edición, París, Litec, 1998, 425 ss. Cfr. también MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, París, Éditions Montchrestien, 1965, p. 123; DELEBECQUE, P. “L'évolution de la responsabilité en France”, *Europa e diritto privato*, 1999, p. 390 ss.

radicado igualmente en Italia⁹, la mejor reflexión europea del siglo XX ha contrapuesto la idea de que la garantía denominada pura constituya una forma jurídica de atribución diferente de la obligación, por la falta de incidencia que tiene el garante sobre el resultado¹⁰. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con la obligación, la utilidad principal que confiere al garantizado no depende de la conducta del garante, sino de un mecanismo de efectos eventuales, destinados a producirse en el caso de que el interés protegido sea violado por cualquier razón, incluso no imputable al mismo garante: mecanismo de efectos eventuales que está destinado a generar una situación de seguridad con relación a la satisfacción del interés principal del garantizado.

Las exigencias materiales que conducen a que un interés sea protegido o a que tenga la apariencia jurídica de la garantía pura –en el sentido antes indicado– básicamente pueden ser dos: la imposibilidad de forzar la obtención de un resultado útil a través de la figura de la obligación, por su ineptitud para constituir el epílogo de una teleología dinámica dominada enteramente por el sujeto que se ha comprometido a obtener tal utilidad; o, en el caso de que el

9 Baste pensar en la posición asumida por BETTI, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, 1, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milán, Giuffrè, 1953, p. 41 ss., quién comprende dentro del perímetro de la obligación la prestación de garantía pura, en términos de cooperación, la cual constituye la esencia de la obligación en opinión del maestro originario de Camerino, “en un *comportamiento de cooperación virtual* de parte del deudor asegurador respecto del acreedor asegurado; comportamiento que es idóneo para conferir al asegurado una seguridad, una tranquilidad, una ausencia de preocupaciones, que sin este comportamiento no serían imaginables. [...] Por ello, en estos casos, a pesar de no haber de parte del deudor un comportamiento de cooperación valorable a la luz de la diligencia o de una habilidad técnica, hay sin embargo un comportamiento de cooperación virtual valorable a la luz de la buena fe. El asegurado es aliviado de un riesgo, y esto es indudablemente un bien, una utilidad típica que se le procura incluso antes de que el evento temido se produzca y también en caso de que no haya debido verificarse, al menos dentro de un lapso cercano”.

10 Cfr. en tal sentido MENGONI, L. “Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1953, 1, 3 ss., en part., p. 12, ahora en Castronovo, C., Albanese, A. y Nicolussi, A. (coords.), *Scritti giuridici. II. Obbligazioni e negozio*, Milán, Giuffrè, 2011, pp. 385 ss., desarrollando la reflexión de WERNER, F. *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Münster, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1948, *passim*, en part., p. 41. En el mismo sentido, cfr. NICOLUSSI, A. “Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche”, *Europa e diritto privato*, 2003, pp. 525 ss., en part. 530 ss.; CORRIAS, P. *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milán, Giuffrè, 2006, p. 20 ss.; PIRAINO, F. *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Nápoles, Jovene, 2011, pp. 289 ss.

resultado sea susceptible de ser obtenido mediante un *facere* que de por sí no supere el límite de lo posible, el objetivo –alimentado por razones de eficacia atribuidas a valoraciones de política del derecho– de atribuir tal interés final al beneficiario sin la necesaria mediación de la actuación cooperativa del sujeto que ha prometido la satisfacción, es sustituido por la imposición exclusiva a su cargo del riesgo en su totalidad en caso de falta de realización¹¹.

Piénsese por ejemplo en la garantía por los vicios ocultos en la disciplina general de la venta (arts. 1490 y ss. c.c.it), donde al manifestarse la presencia de defectos que hagan el bien inidóneo para el uso al cual está destinado o que disminuyan de manera apreciable su valor, se activan la *actio redhibitoria* o la *quantum minoris*, o sea la resolución o la reducción del precio, cuyo objetivo es trasladar al vendedor el riesgo de que el bien vendido se revele viciado. Ahora piénsese en la garantía europea de conformidad en la venta de bienes de consumo (arts. 128 ss. d.lgs. 6 de septiembre de 2005, n. 206, llamado código del consumo: cod. cons.), que ha abandonado el modelo romano de garantía, para enriquecerlo con un contenido dirigido a la realización en forma específica del interés del comprador-consumidor a la obtención de un bien conforme a cuanto surge del contrato, de la publicidad, de las exigencias manifestadas por el consumidor en sede de negociación, como también de los parámetros medios de referencia, como el uso habitual al que está destinada esa determinada categoría de bienes o a las cualidades y características habituales propias de la categoría (art. 129 cod. cons.)¹². En presencia de defectos de conformidad,

11 Así lo sostengo en un estudio reciente: PIRAINO, F. *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 285. Por su parte, MOSCATI, E. “La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità”, *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 346 ss., en su reconstrucción del problema sobre la calificación jurídica del vínculo del vendedor de bienes de consumo, no tiene en cuenta esta segunda razón que conduce algunas veces al legislador a privilegiar la figura de la garantía, tal vez como consecuencia de una información poco actualizada.

12 En Italia se ha formado una posición que, a pesar de alejarse del contenido de las acciones redhibitoria y *quantum minoris* de la tradición, considera que el sistema jerárquico de tutelas con prioritaria finalidad restablecedora debe ser considerado el efecto de una garantía, mas no una consecuencia de la violación de una obligación. En este sentido, *cf.* NICOLUSSI, A. “Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche”, cit., pp. 525 ss.; MAZZAMUTO, S. “Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo”, *Europa e diritto privato*, 2004, pp. 1029 ss., en part., pp. 1051 ss., como también *id.*, MAZZAMUTO, S. *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 429 ss., en part. 501 ss.; CASTRONOVO, C. “Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore”, *Europa e diritto privato*, 2004, pp. 965 ss.; PIRAINO, F. “La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia”, *Europa e diritto privato*, 2006, pp. 578 ss., como también *id.*,

la garantía en forma específica le ofrece al consumidor un sistema jerárquico de remedios que consisten, en primer lugar, en el derecho a exigir al vendedor-profesional la reparación del bien o su sustitución por otro ejemplar (art. 130 cod. cons.).

No es posible detenernos ulteriormente sobre la figura de la garantía denominada pura, pero con miras al discurso que se está desarrollando es esencial aclarar que, si el bien adquirido se revela, respectivamente, libre de vicios o conforme al contrato, se tiene la exacta ejecución del contrato de compraventa sin que haya sido ejecutada alguna obligación. Y no basta para vincular la figura de la garantía pura dentro del esquema de la obligación el tentativo dogmático realizado por la doctrina española, consistente en concebir el objeto de la relación obligatoria no solo como comportamiento del deudor en consideración de un fin (un bien o un servicio), sino también como un proyecto ideal destinado a realizarse en un momento sucesivo respecto del surgimiento del vínculo¹³.

Sobre la base de tal configuración del objeto de la obligación se ha llegado a calificar el vínculo del vendedor de bienes de consumo como una obligación de entregar bienes que sean conformes, y el fundamento de tal conclusión residiría en la circunstancia de que el objeto de la prestación del vendedor no está identificado con el bien real y concreto, sino con aquel ideal previsto por las partes en el contrato y delineado por los requisitos de conformidad: no el bien como es, sino el bien como debe ser¹⁴. Ese enfoque ha tenido éxito en la literatura latinoamericana¹⁵ y, sin embargo, se basa en una explicación inadecuada, porque no es suficiente con desvincular el objeto de la obligación del bien o del servicio concretamente prestados, configurándolo como un programa abstracto, sino que es necesario aclarar el concreto funcionamiento de la obligación concebida de esa manera.

En efecto, no cabe duda sobre el hecho de que el objeto de la obligación es un programa de acción, pero el punto es si el fin al cual tiende ese programa

Adempimento e responsabilità contrattuale, cit., pp. 337 ss.; NIVARRA, L. "I rimedi specifici", *Europa e diritto privato*, 2011, pp. 184 ss.

13 Tal concepción del objeto de la obligación ha sido formulada por DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 270.

14 MORALES, A. M. "Adaptación de Código Civil al derecho europeo: la compraventa", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, 2003, 1609 ss., en part., pp.1613 ss.

15 VIDAL OLIVARES, A. "Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista", *Revista Chilena de Derecho*, 2007, pp. 41 ss.

puede ser dominado o no por el deudor con su propia conducta o, incluso admitiendo que lo sea, si el legislador exija o no que tal fin sea realizado efectivamente por el deudor o prefiera atribuirle al sujeto pasivo el riesgo por su falta de realización, más allá del límite del caso fortuito. Si la respuesta a ambas cuestiones es negativa, se está por fuera del ámbito de la obligación y en presencia de una forma jurídica distinta: precisamente la garantía pura. Y esto es justo lo que sucede en la disciplina europea de la venta de bienes de consumo¹⁶.

Por su parte, el efecto real sobre bienes de especie, en ordenamientos como el italiano y el francés, que han adoptado el principio del consensualismo (art. 1376 c.c.it), es una consecuencia directa e inmediata del contrato válido y eficaz (recita el art. 1376 c.c.it: “la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consenso legítimamente manifestado”) y no son el efecto final de una obligación de *dare* en sentido técnico, como en cambio ocurre en Alemania y en Colombia¹⁷. De ello se desprende que, si el contrato con efectos reales produce la sucesión del derecho cedido de la esfera jurídica del disponente a aquella del causahabiente, se tiene la ejecución del contrato, pero también en este caso sin el *medium* de una obligación.

16 En este sentido, recientemente, NIVARRA, L. “I rimedi specifici”, cit., pp. 186 ss.: “la finalidad iuspolítica de la garantía es aquella de cargar al deudor o, más genéricamente, al sujeto sobre el cual corresponde, el peso, jurídico y económico, de la prestación (p. ej., el vendedor “real”), el riesgo de lo fortuito, y, por consiguiente, poner a su cargo el deber ulterior de eliminar el vicio que compromete la integridad de la *utilitas*, objeto del contrato o de la relación» (*ibidem*, 190). Así es para N. en el contrato de obra, pero tal justificación de la garantía también es aplicable a la venta de bienes de consumo, con dos variantes significativas: «la primera está representada por la llamada jerarquía de los remedios, en virtud de la cual la corrección de la prestación (reparación/sustitución) precede la corrección del sinalagma (reducción del precio/resolución); la segunda está representada por la atribución al vendedor de un derecho de regreso (art. 131 cod. cons.). Las dos reglas están estrechamente relacionadas la una con la otra. La primacía de los remedios específicos se coloca al interior de un diseño más amplio, dirigido a promover, a través del medio de tutela del consumidor, un mercado de alta densidad, y cualidad, competitivo en el cual estén habilitadas para funcionar empresas que estén en grado de asegurar una cobertura plena al adquirente (del suministro del bien a su reparación o sustitución, versión neoliberal del “desde la cuna hasta la tumba” de los sistemas de *Welfare*). Por su parte, el derecho de regreso es una verdadera y propia medida compensatoria de la extensión de la responsabilidad a lo fortuito, reconocida a aquellos participantes (*in primis*, el vendedor final) que, no pudiendo ejercer, a diferencia del constructor, un control total sobre el ciclo del riesgo, pueden, en cambio, transferir sobre los eslabones precedentes de la cadena de producción-distribución el costo del vicio por el que ellos han debido hacerse cargo frente al comprador”.

17 Sobre el punto, *cfr.* PÉREZ VIVES, A. *Teoría general de las obligaciones*, II, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1951, pp. 648 ss.; HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, I, cit., pp. 119 ss.

La tercera categoría de efecto contractual atributivo consiste precisamente en la obligación, a la que se reserva una atención especial porque, a diferencia de las otras dos tipologías de efecto contractual atributivo, esa le da forma jurídica a la conducta humana. No se trata de decir que la acción humana no sea determinante para la producción del efecto real o de garantía, sino que la conducta se coloca en un segundo plano en cuanto la transferencia del derecho y de la garantía son estructurados en sentido jurídico como dos automatismos contractuales. En cambio, la obligación representa la traducción jurídica de la actividad humana realizadora: es *poiesi* convertida en *necessitas iuris*. El efecto final que está destinado a procurar el interés del acreedor es el producto, de manera íntegra o en gran medida, de la conducta, activa o pasiva, del deudor. Esta especificidad de la obligación la hace más rica, pero también hace más compleja e insidiosa su fase de actuación, de ahí la atención que se le ha dado en los códigos civiles europeos, como también en los de América Latina y en particular por el Código Civil colombiano, incomparablemente superior respecto de la atención que se le dedica al efecto real o a aquel de garantía.

Atendiendo esta mayor delicadeza y complejidad, ligadas a la implicación directa de la acción humana, es preferible cumplir una operación de limpieza conceptual y reservar el término “cumplimiento” solamente a la exacta realización de la obligación; y en cambio referirse al exacto desarrollo de la relación contractual con el término “ejecución”. Respectivamente —y aquí también a pesar del lenguaje legislativo que no es particularmente cuidadoso sobre el punto— reservar el término “incumplimiento” solo a la no actuación, o inexacta actuación, de la obligación; mientras que se debe preferir designar la inejecución, o la inexacta ejecución, del contrato, con el término “violación”.

Una vez aclarada la taxonomía a la cual se adhiere, cabe señalar que, de acuerdo con una tradición de pensamiento europea, prestigiosa y todavía vigente, aunque no libre de planteamientos problemáticos¹⁸ o incluso de críticas¹⁹,

18 Se pregunta, de distintas formas, sobre la necesidad de integrar la disciplina general de las obligaciones con las *ratio* de las disciplinas sectoriales CIAN, G. “La figura generale dell’obbligazione nell’evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti”, *Rivista di diritto civile*, 2002, I, pp. 491 ss.; GAMBINO, F. *Il rapporto obbligatorio*, en *Trattato di diritto civile. Le obbligazioni*. 1. *Il rapporto obbligatorio*, dirigido por Sacco, R., Turín, UTET, 2015, pp. 12 ss. y sobre todo recientemente D’ANGELO, A. *Lezioni di diritto civile. Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, Turín, Giappichelli, 2014, 57 ss., en part., pp. 99 ss.

19 PERLINGIERI, P. *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, pp. 13 ss.

se analizará la figura del cumplimiento en la prospectiva del derecho general de las obligaciones, es decir, considerando la relación obligatoria como una categoría autónoma, independientemente de cual sea su fuente. Por otra parte, este es el enfoque adoptado por el código civil en el art. 1173 c.c.it y se trata de una elección metodológica que debe ser compartida no tanto por el afán de renovar las articuladas y álgidas conceptualizaciones de los siglos XIX y XX, sino porque esa permite elaborar un tejido de reglas dotadas de un grado aceptable de generalidad²⁰, de manera que, por una parte, permita concretar de forma plena el precepto constitucional de igualdad²¹ y, por otra parte, contribuya a no cargar sobre el contrato la reflexión que concierne a la obligación. De esta manera no se corre el riesgo de dejar desguarnecido el arsenal del intérprete que esté llamado a manejar obligaciones que nacen de fuentes diversas del contrato: no solo aquellas tradicionales, como la responsabilidad aquiliana, el pago de lo no debido, la gestión de negocios ajenos y el enriquecimiento sin justa causa; sino también fuentes que consisten en formas negociales que no se pueden llevar por completo a la categoría de contratos, como el testamento, el matrimonio, el *trust*, etc.²², o fuentes no negociales²³, incluso a la controvertida

20 Al respecto, D'ANGELO, A. *Lezioni di diritto civile. Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, cit., p. 24, destaca que la elaboración de conceptos, entre ellos aquel de obligación, “responde a exigencias imprescindibles de economía de razonamiento, proposiciones y palabras, y por lo tanto de síntesis y simplificación, como también de orden y organización respecto a una multitud, que de otra manera se vuelven ingobernables, de datos que se refieren a la realidad socio-económica y conciernen del mismo modo a los conflictos de interés que la atraviesan y las preguntas y soluciones de disciplina que esos suscitan, y por lo tanto también la conformación y los contenidos de los documentos normativos”.

21 Sin descuidar que el exceso de abstracción de una teoría de la obligación que no tenga en debida cuenta las diferencias, eludiéndolas, conduciría al mismo resultado indeseable de violar el principio de igualdad, pero esta vez bajo la forma de la igualdad sustancial: lo destaca D'ANGELO, A. *Lezioni di diritto civile. Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, cit. p. 49.

22 Por lo tanto, la predisposición de categorías generales y abstractas no está inspirada solamente en razones de economía de pensamiento, y en consecuencia, de economía de formulación del estatuto normativo de los hechos sociales sobre los cuales se apoya esa categoría, como parece creerlo CIAN, G. “La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti”, cit., p. 499; sino también en razones puramente heurísticas, es decir, de elaboración de soluciones a problemas nuevos.

23 RESCIGNO, P. “Obbligazioni (diritto privato)”, en *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milán, Giuffrè, 1979, p. 182, indica que “en la obligación el ‘paradigma’ de las relaciones jurídicas, atribuyendo al derecho de las obligaciones la índole de ‘derecho superior’ susceptible de ser utilizado también fuera de las relaciones privadas y, en las relaciones entre particulares, así en

figura de las obligaciones *ex lege*²⁴. Para no referirnos a aquellas vicisitudes que dan lugar a hipótesis de responsabilidad de naturaleza incierta, sobre las cuales se ha recurrido a la metáfora de la “tierra de ninguno”²⁵ o del “área de turbulencia en los confines entre contrato y responsabilidad”²⁶ y que Vincenzo Roppo indica como formas de “responsabilidad pericontractual”²⁷.

Por otra parte, ni siquiera se puede descuidar el hecho de que la obligación siempre reviste, en cualquier caso, la naturaleza de efecto jurídico²⁸ y, como tal, es susceptible de una apreciación autónoma. Más aún teniendo en cuenta que se trata de un efecto caracterizado por una particular complejidad, dado que involucra el comportamiento humano: una complejidad que justifica una

el derecho familiar y sucesorio como en las materias de la propiedad y de los *iura in re aliena*, en definitiva más allá de los confines señalados por el libro cuarto del código civil”.

- 24 Denuncia el uso ambiguo del sintagma “obligaciones *ex lege*” en el lenguaje jurídico GAMBINO, F. *Le obbligazioni*. 1. *Il rapporto obbligatorio*, cit., pp. 118-119 siguiendo a CANNATA, C. A. “Sulle fonti delle obbligazioni”, en Visintini, G. (dir.), *Trattato della responsabilità contrattuale, Inadempimento e rimedi*, Padua, 2009, pp. 60 ss.
- 25 BUSNELLI, F. D. “Itinerari europei nella ‘terra di nessuno’ tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte”, *Contratto e impresa*, 1991, maggio-agosto, pp. 539 ss.
- 26 CASTRONOVO, C. “Liability between Contract and Tort”, en Wilhelmsson, T. (ed.), *Perspectives of Critical Contract Law*, Aldershot, Dartmouth, 1993, pp. 273 y ahora *id.*, *Responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 2018, pp. 521 ss.
- 27 ROPPO, V. “Spunti in tema di responsabilità ‘pericontrattuale’. Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul Lodo Mondadori”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, pp. 16 ss.; *id.*, “Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?”, *Lavoro e diritto*, 2017, pp. 422-423: la fórmula “responsabilidad pericontractual” designa “figuras en las cuales la responsabilidad tiene que ver de varias formas con el contrato, pero no se vincula con el incumplimiento de una prestación contractual”. Para estas figuras R. propone una aproximación no holística, *de aut-aut*, sino centrada sobre la “articulación, diferenciación, contaminación cuando sea del caso: en virtud de la cual cada una de las figuras de responsabilidad ‘pericontractual’ puede encontrar su disciplina justa en un régimen mixto, o compuesto, que para algunos de los aspectos relevantes (criterios de imputación, carga de la prueba, prescripción, *quantum* del daño resarcible, etc.) corresponde a las reglas de responsabilidad ‘contractual’, y para otros aspectos a aquel de la responsabilidad ‘extracontractual’. En definitiva: un ‘régimen intermedio’ para las situaciones de la ‘tierra media’”.
- 28 D’ANGELO, A. *Lezioni di diritto civile. Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, cit., p. 50 ss., destaca muy oportunamente que la obligación representa la técnica jurídica de la dinámica económica, o sea la forma jurídica que asume la dinámica económica, entendida como el movimiento que determina una modificación en la disposición de los patrimonios de dos sujetos: “la relación obligatoria se manifiesta como situación correspondiente a la, y sancionatoria de la, fase de la dinámica económica en la cual un nuevo orden de los patrimonios de los dos sujetos es previsto e impuesto jurídicamente, pero no realizado, teniendo que serlo mediante aquellas transferencias de bienes o de utilidades necesarios para poder efectuarlo”.

consideración diferente de la fuente de la cual surge el efecto. De ahí que sea, sin duda, científicamente correcto y prácticamente útil aislar los caracteres constantes del fenómeno obligatorio, individuando aquel régimen de reglas que está diseñado sobre tales aspectos invariables y que, precisamente por este motivo, encuentra aplicación en toda obligación independientemente de cual sea su fuente.

Esto no equivale a desconocer la especificidad de las obligaciones *ex contractu*, la cual no podría de ninguna manera ponerse en discusión, revelándose con toda su fuerza más que todo en el ámbito de los remedios contractuales²⁹, en especial en la delicada y compleja relación entre cumplimiento *in natura*, resolución y el denominado resarcimiento sustitutivo. El abandono de la perspectiva general en el estudio de las obligaciones se revelaría como una pérdida de eficiencia y no solo bajo el ya evidenciado enfoque aplicativo, como consecuencia del inevitable empobrecimiento al cual vendría sometido el derecho de las obligaciones; sino también bajo la óptica de la riqueza de la cultura jurídica, dado que favorecería la tendencia a la fragmentación del conocimiento que desde hace tiempo está en curso, a la relativización de las formas del pensamiento y de las categorías no disponibles programáticamente

29 La reflexión sobre los remedios ha alcanzado un notable desarrollo en Italia y ha dado lugar a valiosos resultados. Sobre este punto no se puede prescindir de DI MAJO, A. “Forme e tecniche di tutela”, en Mazzanuto, S. (ed.), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, 1, Nápoles, Jovene, 1989, pp. 23 ss.; *id.*, *La tutela civile dei diritti*, Milán, Giuffrè, 2003, p. 6, pp. 23 ss., pp. 49 ss.; *id.*, “Il linguaggio dei rimedi”, *Europa e diritto privato*, 2005, p. 341 ss.; *id.*, *Rimedi e dintorni*, *ivi*, 2015, p. 703 ss.; MATTEI, U. “I rimedi”, en Alpa, G., Graziadei, M., Guarneri, A., Mattei, U., Monateri, P. G. y Sacco, R., *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile*, dirigido por Sacco R., Turín, UTET, 2001, pp. 107 ss.; Mazzamuto, S. “La nozione di rimedio nel diritto continentale”, *Europa e diritto privato*, 2007, pp. 585 ss.; MAZZAMUTO, S. y PLAIA, A. *I rimedi nel diritto privato europeo*, Turín, Giappichelli, 2012, *passim*; MESSINETTI, D. “Processi di formazione della norma e tecniche ‘rimediali’ della tutela giuridica”, en Scalisi, V. (dir.), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia, Atti del Convegno di studio in onore di Angelo Falzea*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 209 ss.; *id.*, “Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali”, *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 605 ss.; *id.*, “La sistematica rimediale”, *Rivista critica del diritto privato*, 2011, pp. 15 ss.; PERLINGIERI, P. “Il ‘giusto rimedio’ nel diritto civile”, *Il giusto processo civile*, 2011, p. 3 ss.; SIRENA, P. y ADAR, Y., “La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo”, *Rivista di diritto civile*, 2012, 1, pp. 359 ss.; NIVARRA L. “Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?”, *Europa e diritto privato* 2015, pp. 583 ss.; SCALISI, V., “Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici”, *Rivista di diritto civile*, 2018, pp. 1045 ss.

para elaborar reglas universales, al empirismo del análisis, en obediencia a la ideología posmoderna de la “multiplicidad”³⁰.

La renuncia a desear un pensamiento teórico que pretenda alimentar constantemente la institucionalidad del sistema, entendido no como algo completamente dado sino como un objetivo, exige el costoso precio de rendirse al desorden: un pensamiento jurídico destrozado en los *particularia* hasta el límite de la pulverización favorece, en vez de contrarrestar, el desorden social y el desconcierto del individuo, ahora siempre más desconectado de la comunidad y, por lo tanto, siempre menos consciente de las características

30 El tema se encuentra dentro de los más fascinantes, aunque tal vez se ha sobrevalorado en la reflexión civilista, por lo menos en aquella italiana. Sobre las reflexiones en torno a la posmodernidad en los estudios jurídicos *cfr.*, de manera general, MINDA, G. *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century End*, Nueva York y Londres, New York University Press, 1995, traducción al italiano a cargo de BARBERIS, M., *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001, *passim*; LADEUR, K. H. “Superamento della complessità attraverso la capacità di apprendimento del diritto. L’adeguamento del diritto alle condizioni del Postmoderno. Una critica alla teoria giuridica del discorso di Jürgen Habermas”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1996, pp. 480 ss.; ANDRONICO, A., *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Milán, Giuffrè, 2002, *passim*; GLIOZZI, E., “Postmodernismo giuridico e giuspositivismo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, pp. 801 ss. En la reflexión civilista *cfr.* ZACCARIA, A. “Il diritto privato europeo nell’epoca del postmoderno”, *Rivista di diritto civile*, 1997, 1, pp. 367 ss.; JAYME, E. “Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica”, *Rivista di diritto civile*, 1997, 1, pp. 813 ss.; LIPARI, N. “Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno”, *Rivista critica di diritto privato*, 1998, pp. 409 ss.; MENGONI, L. “Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, pp. 353 ss.; MATTEI, U. y DI ROBILANT, A. “International style e postmoderno nell’architettura giuridica della nuova Europa. Prime note critiche”, *Rivista critica di diritto privato*, 2001, pp. 89 ss.; MONATERI, P. G. “‘Jumping on someone else’s train’. Il diritto e la fine della modernità”, *Rivista critica di diritto privato*, 2001, p. 123, criticando la postura precedente, y también la réplica de MATTEI, U. “Sul treno (ma di chi?) con il biglietto! Qualche puntualizzazione sull’ideologia della post-modernità”, *Rivista critica di diritto privato*, 2001, pp. 135 ss.; SCALISI, V. “Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità”, *Rivista di diritto civile*, 2005, 1, pp. 283 ss.; *id.*, “Per un’ermeneutica giuridica “veritativa” orientata a giustizia”, *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 1249 ss.; DI MARZIO, F. “Sul discorso giuridico ai tempi del postmoderno. (Spunti dal memento pratico sul fallimento)”, *Politica del diritto*, 2005, pp. 145 ss.; FRANZESE, L., “Mondializzazione dell’economia e diritto sociale”, *Rivista di diritto civile*, 2010, pp. 677 ss.; IRTI, N. *Un diritto incalcolabile*, Turín, Giappichelli, 2016, 3 ss.; pero, sobre todo, *cfr.* BARCELLONA, M. “Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 207 ss. e *id.*, *Critica del nichilismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2006, *passim*, en part., p. 181 ss. y por último MAZZAMUTO, S. “Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?”, *Europa e diritto privato*, 2018, pp. 845 ss.

propias que lo identifican³¹. Obviamente no tendría ningún sentido ni algún valor científico la pretensión de edificar la disciplina general de las obligaciones solamente sobre las respectivas disposiciones de los códigos civiles y sobre la larga y fecunda tradición dogmática que en torno a ellos y al derecho romano se ha venido formando.

Las *ratio* que inspiran algunas disciplinas de sector, es decir los llamados derechos secundarios³² (desde el derecho de los consumidores al derecho de los contratos de empresa), no pueden ser descuidadas y deben poner en discusión algunos intereses consolidados, en su mayoría fundados sobre la neutralidad socio-económica de la figura abstracta del sujeto de derecho, que es el referente de la disciplina general de las obligaciones y del contrato. La labor que corresponde al estudioso es ardua y consiste en probar si y cuáles

31 Para una amplia y profunda reflexión sobre el estado de la ciencia civilista y de todo el derecho civil en Italia se recomienda la lectura de CASTRONOVO, C. *Eclissi del diritto civile*, Milán, Giuffrè, 2015, *passim*, en donde, por otra parte, se comprueba que “aquello que sobre todo parece dominar es una hipertrofia del presente, en la cual la incertidumbre del futuro debilita los vínculos con el pasado, olvidando que la experiencia jurídica tiene su *proprium* en la continuidad, de donde el presente se legitima por una herencia que no puede resolverse, impulso necesario hacia el futuro que no es solamente de los otros, de las generaciones sucesivas, sino que es más que todo nuestro. La conciencia de esto, además de requerir la sobriedad del pensamiento jurídico como manifestación tangible de la responsabilidad del jurista, debería sugerir líneas de recomposición del sistema: porque una regla librada al azar es una contradicción, pero sobre todo, pierde su función ordenadora, que es la primera razón del derecho. En este sentido, lo que sigue al eclipse no podrá ser nada distinto que la recuperación del sistema. Este último no consiste más en un sistema completo, en el cual cada una de las partes encuentre su plena y definitiva explicación, como tampoco en la idea de que cada elemento proveniente de afuera pueda ser totalmente incluido y conciliado. Aquella que debe ser recuperada es la naturaleza de sistema que cada ordenamiento posee como característica manifiesta de su propia unidad, característica trascendental que por ello prescinde de la conciencia o del conocimiento que se pueda tener del sistema en las diversas épocas de la historia y de la historia del derecho. Porque, como nos lo recuerda un gran jurista que ninguno puede considerar desconecedor de la historia, la unicidad del ordenamiento no es para nada un mero postulado de lógica jurídica o de teoría, sino que hace parte de las condiciones basilares de cualquier comunidad que se reconozca en el derecho”. La última referencia hecha por C. es a WIEACKER, F., “Das Bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen”, en *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M., Fischer Athenäum Taschenbuch Verlag, 1974, p. 53.

32 La expresión es empleada en el contexto de las relaciones entre derecho general y derechos especiales por CASTRONOVO, C. “Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria”, *Jus*, 1981, p. 158 ss.; *id.*, “Alle origini della fuga dal codice. L’assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi”, *Jus*, 1985, p. 20 ss.; *id.*, “Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema”, *Europa e diritto privato*, 2006, p. 397 ss.

de tales *ratio* de sector presenten una consistencia y una vocación universal de tal envergadura como para poder ser elevadas a un nuevo paradigma general, destinado a modificar o a sustituir las categorías tradicionales que colman la teoría general de las obligaciones y del contrato. De ahí que sea arriesgado declarar “la decadencia del concepto unitario de obligación, cada vez más adherido, en su estructura y en su función, a la evolución de las relaciones socio-económicas, casi hasta el punto de reducir la distancia irremediable entre la norma y los hechos”: declive considerado como la confirmación “de la crisis de las teorías integrales y generales”³³. Y, de manera completamente opuesta, compartir la opinión de quien considera que “no parece que exigencias de ‘modernización’ deban conducir a un sistema construido solo sobre los regímenes de las fuentes y desprovisto de la disciplina tradicionalmente propia, conocida como ‘parte general’”³⁴.

La consistente y apreciable literatura colombiana sobre este tema es prueba de la riqueza inquebrantable, como también de la proficuidad de esa tradición de pensamiento que se esfuerza por el estudio de la teoría general de las obligaciones: se alude a la *Teoría general de las obligaciones*, en tres volúmenes, de Álvaro Pérez Vives³⁵, al primer volumen del *Tratado de las obligaciones* de

33 GAMBINO, F. *Le obbligazioni*. 1. *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 25, para quien la obligación no es una categoría científica, sino un mero concepto legislativo, como tal “capaz de adaptarse, en la interpretación de la disciplina global, a las nuevas lógicas de los microsistemas hasta el punto de modificar los elementos de su propia estructura”. Una conclusión de este género me parece el fruto de un método neo-exegético que renuncia, por carencia de fuerzas o por convicción de fondo, a la perspectiva sistemática en la cual las categorías, comprendida aquella de la obligación, no revisten solamente la función de síntesis del sentido global de la normativa vigente, sino que también desarrollan una función de control de la argumentación con miras a la aplicación de las normas y una imprescindible función heurística. De ahí la idea del todo infundada de que la dogmática se limite a observar el fenómeno jurídico desde afuera “generalmente, bajo la figura del tipo, de la generalidad y de la abstracción: es un entendimiento rígido en conceptos, no conocimiento de lo individual” (*ibidem*, 26).

34 D'ANGELO, A. *Lezioni di diritto civile. Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, cit., p. 99, quien sigue observando correctamente que “no se trata de asumir como arquetipos inmutables una noción de obligación y un conjunto de reglas en cierto sentido co-esenciales a esa. El derecho de las obligaciones, y principalmente el régimen de las fuentes, es, y se ha revelado, sensible a los cambios socio-económicos, de disciplina y de pensamiento jurídico. Y sin embargo no puede dejar de acogerse una configuración de la relación obligatoria que atraviese las diferentes experiencias jurídicas, históricas y nacionales; cualesquiera que sean las diversas propensiones a la elaboración teórica de las diversas culturas”.

35 PÉREZ VIVES, A. *Teoría general de las obligaciones*, I, II y III, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1950-1951.

Fernando Hinestrosa³⁶, como también al tercer volumen del *Derecho civil* de Arturo Valencia Zea y de Álvaro Ortiz Monsalve, dedicado justamente a las obligaciones³⁷, y al *Régimen general de las obligaciones* de Guillermo Ospina Fernández³⁸.

Es cierto que se podría objetar que el concepto de obligación y la construcción de su propia disciplina general alejaría los sistemas de *civil law* y de *common law*, pues en estos últimos –como es bien sabido– las grandes categorías están referidas a las fuentes de la obligación, como *contract* y *tort*, en vez de concernir al efecto, el cual no ha sido objeto ni de un cuerpo de reglas oportunas ni de una reflexión teórica ni siquiera comparable lejanamente con la europea y la latinoamericana. Además, en la tradición romanista, la obligación designa la relación obligatoria y, por lo tanto, reenvía tanto al deber de prestación a cargo del deudor (la deuda) como al título de legitimación a la adquisición de una utilidad por parte del acreedor (el crédito) y tal carácter bivalente no está interiorizado en la mentalidad inglesa y norteamericana. Reinhard Zimmermann destaca la extrema dificultad de expresar en el contexto del *common law* la idea misma de obligación, ya que para los *common lawyers* esta última se refiere exclusivamente a los deberes y a las obligaciones del sujeto, mas no al título de una transferencia de riqueza³⁹. Se podría entonces estar tentado a pensar que la obligación constituya un factor de división entre las grandes familias jurídicas de la *western legal tradition*⁴⁰, colocándose

36 HINESTROSA F. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, tratado que ha llegado a su tercera edición (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014); yo he consultado la segunda edición. En cambio, el segundo volumen de la obra trata sobre el negocio jurídico: HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones*, II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I y II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

37 VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A. *Derecho civil*, III, *De las obligaciones*, Bogotá, Temis, 2004.

38 OSPINA FERNÁNDEZ, G. *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 2008.

39 ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford-Nueva York, Clarendon Press, 1996, p. 1, aclara que la bivalencia lexical del término obligación “obviously makes it somewhat difficult to render the Roman idea in English, for the English term ‘obligation’ is merely oriented towards the person bound, not towards the person entitled. With the words ‘my obligations’ I can refer only to my duties, not to my rights”.

40 Sobre los orígenes y el desarrollo de la tradición legal occidental no se puede dejar de mencionar el estudio de BERMAN, H. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, traducción en italiano, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bolonia, Il Mulino, 1998; *id.*, *Law and Revolution*,

como un elemento objetivo que obstaculiza el diálogo y la comparación entre sistemas jurídicos diversos.

Sin embargo, el juicio sería excesivo, dado que muchos de los problemas relacionados con la regulación y con las elaboraciones conceptuales que en los sistemas de *civil law* están referidos a la obligación, en aquellos de *common law* se encuentran vinculados al contrato, a la responsabilidad y a las restituciones, de manera que la comparación es perfectamente posible, aunque se tenga que actuar con cierta cautela en cuanto a las terminologías y categorías y se manifieste así mismo un grado suficiente de conciencia sobre los tipos de problemas que pueden ser cotejados. Además, en los últimos años se está desarrollando en el *common law* una mayor sensibilidad por las clasificaciones en general⁴¹ y, en particular, la *obligation* empieza a asumir un rol organizador en las sistematizaciones en materia tanto contractual como no contractual. Baste pensar en el desarrollo de la *law of restitution* debida a la iniciativa proveniente de los estudios fundamentales de Peter Birks⁴², nutridos por su formación romanista⁴³: *law of restitution* “en la cual se ha advertido la implicación de una más amplia racionalización de la *law of obligation*”⁴⁴. Asimismo, Birks, por ejemplo, adopta la distinción entre *proprietary rights (rights in rem)* y *personal rights (rights in personam)* para afrontar el problema de los *remedies* y de su sistematización, precisando que los segundos son “usualmente conocidos por su extremo negativo como ‘obligaciones’. Esta constituye la línea entre el derecho real y el derecho de las obligaciones”⁴⁵. Por lo tanto, las dudas sobre la idoneidad de la obligación para constituir una categoría jurídica planetaria deberían

II, *The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.) y Londres, Harvard University Press, 2003, traducción en italiano, *Diritto e rivoluzione*, II, *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Bolonia, Il Mulino, 2010.

41 También lo destaca D'ANGELO, A. *Lezioni di diritto civile. Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, cit., p. 100.

42 BIRKS, P. *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford, Clarendon Press, 1985, *passim*, como también *id.*, *Unjust Enrichment*, Oxford, Clarendon Press, 2003, *passim*.

43 Los estudios de Peter Birks sobre la *obligatio* romana se remontan a un curso de lecciones llevado a cabo en el año 1982 en la universidad de Edimburgo y ahora recogidas en el volumen BIRKS, P. *The Roman Law of Obligations*, dirigido por DESCHEEMAER, E., Oxford, Clarendon Press, 2014, *passim*.

44 D'ANGELO, A. *Lezioni di diritto civile. Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, cit., p. 100.

45 BIRKS, P. *Rights, Wrongs, and Remedies*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, pp. 1 ss., en part., p. 20 ss.

disiparse, más aún si se tiene en cuenta que —como se sostiene en Italia por doctrina reconocida— el canon metodológico que configura la obligación como una categoría unitaria, trabajando en la redefinición constante de su disciplina general, pero al mismo tiempo teniendo en cuenta las interferencias con los regímenes de las fuentes, evidenciando las especificidades de las respectivas obligaciones, se presta a la perfección para favorecer el acercamiento entre “los sistemas jurídicos que conocen y cultivan una ‘parte general’ y una ‘teoría general’ de las obligaciones y aquellos que tienden a agotar el derecho de las obligaciones en los regímenes de las fuentes, a pesar de no dejar de reconocer la relación de deuda-crédito como elemento común a aquellos”⁴⁶.

2. LA DISCIPLINA ITALIANA DEL CUMPLIMIENTO: LA EXACTITUD

El cumplimiento representa una de las categorías centrales del derecho de las obligaciones y al mismo tiempo designa una institución, que encierra y ordena el conjunto de las normas que disciplinan la actuación espontánea de la obligación⁴⁷. En el lenguaje más difundido el cumplimiento se identifica

46 D'ANGELO, A. *Lezioni di diritto civile. Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, cit., pp. 100-101.

47 Sobre el cumplimiento *cfr.* bajo el código de 1965 ALLARA, M. “La prestazione in luogo dell’adempimento (datio in solutum)”, *Annali del Seminario giuridico dell’Università di Palermo*, XIII, Palermo, Giappichelli, 1927, *passim*.; ANDREOLI, G. *Contributo alla teoria dell’adempimento*, Padua, 1937, *passim*.; ORLANDO CASCIO, S. *Estinzione dell’obbligazione per conseguimento dello scopo*, Milán, Giuffrè 1938, *passim*.; NICOLÒ, R. *L’adempimento del debito altrui*, Milán, Giuffrè, 1936, reedición inalterada, Nápoles, ESI, 1978, pp. 145 s.; GIORGIANNI, M. “Pagamento”, en *Nuovo Digesto italiano*, IX, Turín, UTET, 1939, pp. 412 ss.; y bajo el código vigente RESCIGNO, P. *Incapacità naturale e adempimento*, Nápoles, Jovene, 1950, reimpr, Nápoles, ESI, 1982, pp. 79 ss.; NICOLÒ, R. “Adempimento (diritto civile)”, en *Enciclopedia del diritto*, I, Milán, Giuffrè, 1958, pp. 554 ss.; GIORGIANNI, M. “Pagamento (dir. civ.)”, en *Novissimo Digesto italiano*, XII, Turín, UTET, 1965, pp. 321 ss.; DI MAJO, A. *Delle obbligazioni in generale, Commentario del codice civile Scialoja-Branca, art. 1173-1176*, Bolonia y Roma, Zanichelli e Il foro italiano, 1988, pp. 356 ss.; *id.*, “Pagamento (diritto privato)”, en *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 548 ss.; BESSONE, M. y D'ANGELO, A. “Adempimento”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, 1988, pp. 1 ss.; BIANCA, M. *Diritto civile. 4. L’obbligazione*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 261 ss.; BRECCIA, U. *Le obbligazioni*, Milán, Giuffrè, 1991, pp. 447 ss.; CIAN, G. “Pagamento”, en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIII, Turín, UTET, 1995, pp. 234 ss.; CHESSA, C. *L’adempimento*, Milán, Giuffrè, 1996, *passim*.; GAMBINO, F. *Le obbligazioni. 1. Il rapporto obbligatorio*, cit., pp. 267 ss.

con la actuación del contenido de la obligación⁴⁸ y es definido como la exacta ejecución de la prestación⁴⁹. Sin embargo, la definición es imprecisa desde el punto de vista conceptual, porque descuida que tanto el cumplimiento como la prestación son categorías de acción⁵⁰, que, por lo tanto, no necesitan del “conector” representado por el término ejecución. Esta imprecisión ya se observa en las palabras empleadas por el código civil, dado que el art. 1218 c.c. it., al mencionar lo opuesto al cumplimiento, es decir, el incumplimiento, establece que “El deudor que no *ejecuta esattamente la prestazione* debida está obligado al resarcimiento”. Si se tiene en cuenta que una parte de la doctrina encuentra en el art. 1218 c.c. it. una noción latente de cumplimiento, como lo opuesto al incumplimiento⁵¹, resulta corroborada la definición redundante que identifica el cumplimiento con la ejecución exacta de la prestación.

Por el contrario, en puridad conceptual, es oportuno definir el cumplimiento como la prestación exacta y correcta, es decir, la conducta debida cuando obtiene el resultado esperado con las características cualitativas y cuantitativas prescritas y atendiendo las modalidades de acción acordadas o impuestas por la naturaleza de la prestación o por las *leges artis*. De este modo, emerge además de manera evidente una característica esencial del cumplimiento: su relevancia como categoría legislativa que designa no solo un acto o un comportamiento material, sino la calificación de un acto o de un comportamiento material, como, por otro lado, vale también para su opuesto, el incumplimiento. Esta observación se vuelve esencial para desatar el nudo que desde hace mucho tiempo se ajusta en torno a la cuestión sobre la naturaleza jurídica del cumplimiento, sobre la cual se volverá adelante.

El cumplimiento también puede ser entendido como elemento distintivo de las obligaciones civiles respecto de aquellas naturales, en la medida en que

48 NICOLÒ, R. “Adempimento”, cit., p. 555.

49 RESCIGNO, P. “Obbligazioni (diritto privato)”, cit., p. 183; BRECCIA, U. *Le obbligazioni*, cit., pp. 447-448 y en el mismo sentido BIANCA, C. M. *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., p. 261: “El cumplimiento es la ejecución de la prestación. La prestación designa aquello que es debido, o sea el programa obligatorio; el cumplimiento es la realización de tal programa”; SCHLESINGER, P. *Il pagamento al terzo*, Milán, Giuffrè, 1961, p. 1; CANNATA, C. A. “L'adempimento delle obbligazioni”, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por RESCIGNO, IX, Turín, UTET, 1984, pp. 63 ss.; BESSONE, M. y D'ANGELO, A. *Adempimento*, cit., 1; CIAN, G. “Pagamento”, cit., p. 234.

50 La observación es de CASTRONOVO, C. “sub art. 1176”, en *Commentario al codice civile*, dirigido por Cendon P., IV, arts. 1173-1654, Título I, Delle obbligazioni, Turín, UTET, 1991, p. 17.

51 GAMBINO, F. *Le obbligazioni. 1. Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 267.

aquel es objeto de una pretensión jurídicamente relevante que además goza de protección a través de una acción. Esta es la perspectiva adoptada por el Código civil colombiano en el art. 1527, en donde la distinción es expuesta de la siguiente manera: “Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas”.

El cumplimiento constituye el modo natural de extinción de las obligaciones y —en una primera aproximación— se puede afirmar que hay cumplimiento cuando el deudor actúa, de manera exacta y correcta, realizando el interés del acreedor. Como se tendrá manera de aclarar adelante, no siempre la prestación del deudor, aunque sea exacta y correcta, determina por sí misma la satisfacción del interés del acreedor, el cual, por lo demás, también puede depender de la necesaria cooperación de este último.

Una prestación es exacta cuando tiene todas las características prescritas por la fuente de la obligación, especialmente si es negocial, y por las fuentes heterónomas que determinan su contenido, como la diligencia/pericia, la buena fe o específicas previsiones legales. Este marco de criterios determinativos ofrece los puntos de referencia necesarios para individuar el resultado debido y sus características cualitativas y cuantitativas, de cuyo respeto depende la exactitud de la prestación. Sin embargo, no debe olvidarse que la disciplina italiana de las obligaciones es, por elección del legislador, una regulación de carácter general, que por lo tanto abstrae la obligación de su fuente. Por ello no es de extrañar que la disciplina general de las obligaciones no penetre, con miras al cumplimiento, en la definición del perímetro de la relación obligatoria, confiada en cambio al título. De ahí por qué la regulación del cumplimiento se produce, por decirlo así, a grandes rasgos, limitándose a especificar algunas obligaciones instrumentales y después a delinear: las modalidades de tiempo y de lugar de la prestación, la identificación de los destinatarios de esta última, las consecuencias sobre el efecto liberatorio de la incapacidad del deudor y acreedor, el problema de la imputación del pago, la documentación del cumplimiento acaecido y la figura de la prestación en lugar del cumplimiento. Como se tuvo manera de precisar en el parágrafo precedente, si el vínculo obligatorio es *ex contractu*, la disciplina general del cumplimiento luego será enriquecida por la disciplina general del contrato y, en caso de que exista, por aquella —por lo demás de naturaleza dispositiva— del tipo contractual elegido por las partes.

En estricto rigor, también serán comprendidas en la disciplina general de las obligaciones las normas sobre la responsabilidad patrimonial (arts. 2740

ss. c.c.it.)⁵² teniendo en cuenta la íntima conexión entre el vínculo sustancial y la estabilidad del patrimonio del deudor. En efecto, el estado de crisis o de insolvencia del deudor se refleja sobre la satisfacción del interés del acreedor, y las diversas vicisitudes de exoneración del pasivo insatisfecho previstas por el ordenamiento italiano⁵³, ahora también a favor del deudor-consumidor, provocan que situaciones que corresponden a la plena exposición del deudor respecto de la masa de los acreedores, repercutan sobre la extinción de la singular obligación, determinando la liberación del deudor como consecuencia de una satisfacción solo parcial del interés del acreedor.

3. LA CORRETTEZZA DE LA PRESTACIÓN: EL ROL DE LA BUENA FE

A efectos del cumplimiento, no es suficiente la exactitud de la prestación, sino que también es necesario que la conducta del deudor sea conforme con la buena fe objetiva. El código civil italiano inaugura la disciplina de las obligaciones con la norma que prescribe al deudor y acreedor actuar *ex fide bona*. El art. 1175 c.c. it. establece que deudor y acreedor deben comportarse con *correttezza*, la cual, de acuerdo con una opinión que ya es unánime, es sinónimo de buena fe en sentido objetivo, constituyendo con ella una endíadis⁵⁴ que también se

52 Sobre el punto sigue siendo imprescindible CICU, A. *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milán, Giuffrè, 1948, *passim*, quien señala que “una deuda sin responsabilidad, o sea sin sanción para el deudor, no puede considerarse una entidad jurídicamente relevante”. Cfr. del mismo modo NICOLÒ, R. *Della responsabilità patrimoniale*, Art. 2740-2899, *Commentario del codice civile*, dirigido por Scialoja, A. y Branca, G., Roma, Il foro italiano, Bologna, Zanichelli, 1955, p. 9.

53 N. del T. El autor se refiere a la figura conocida en el derecho italiano como *esdebitazione*, prevista en los arts. 142 a 144 de la *Legge Fallimentare*, a su vez denominada: “exoneración del pasivo insatisfecho” en el derecho español (art. 178 bis Real Decreto-Ley 1 de 2015). Por su parte, en el ámbito del consumidor esta figura es comúnmente conocida como: “sobreen-deudamiento del consumidor”.

54 En tal sentido cfr. OSTI, G. “Contratto”, en *Novissimo Digesto italiano*, IV, Turín, UTET, 1959, p. 522; RODOTÀ, S. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, Giuffrè, pp. 119 ss., 132 ss.; NATOLI, U. “L'attuazione del rapporto obbligatorio, t. 1, Il comportamento del creditore”, en Cicu, A.- Messineo, F. (directores), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milán, Giuffrè, 1974, p. 7, p. 35; BIANCA, C. M. *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 472-473; FRANZONI, M. *Degli effetti del contratto. II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, Arts. 1374-1381. *Il Codice civile. Commentario*, iniciado por P. Schlesinger, continuado por F. D. Busnelli, Milán, Giuffrè, 2013, pp. 178 ss.; DI MAJO, A. *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 290 ss., en part., p. 294.

ha difundido en otras tradiciones jurídicas: baste pensar al alemán *treu und glauben* o al *good faith and fair dealing* del *common law*⁵⁵. Como se evidencia en la formulación del art. 1175 c.c. it., la buena fe es un precepto de alcance bilateral, que por lo tanto no se refiere solamente a la conducta del deudor, sino que involucra también aquella del acreedor, y no solo bajo la perspectiva de la necesidad de cooperación, la cual le da forma jurídica a la disciplina de la *mora accipiendi*⁵⁶, sino también desde el punto de vista de la protección del patrimonio y de la persona que representa la otra parte.

La buena fe tiene una función decisiva en la obligación y esa se identifica en imponer, a los sujetos de la relación obligatoria, comportamientos (activos o pasivos) ulteriores respecto de aquellos prescritos por el título, en atención a la búsqueda de la actuación sustancial del vínculo contra cualquier pretensión o comportamiento formalista, persiguiendo no solo la licitud de las conductas, sino también su legitimidad. Exhorta Ulpiano que “*de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare*”⁵⁷, y el hecho de que no sea conforme con la buena fe discutir sobre sutilezas jurídicas se explica por el aumento del deber de conducta que impone la buena fe. Este *quid pluris* –como comportamiento que se hace necesario por la exigencia de satisfacer de la manera más plena el interés del acreedor o para evitar daños a la persona o al patrimonio, los cuales se pueden producir con facilidad dada la proximidad de esferas jurídicas determinada por la instauración de la relación obligatoria– hace del todo injustificada, y por lo tanto incorrecta, la pretensión del deudor y acreedor de aplicar de manera meramente formal las reglas que componen el contenido de la relación obligatoria. Ni el deudor ni el acreedor pueden resguardarse demostrando que un determinado comportamiento no estaba previsto en el

55 Permítaseme reenviar al estudio desarrollado en PIRAINO, F. *La buona fede in senso oggettivo*, Turín, Giappichelli, 2015, *passim*, en part., p. 8 ss. y, con referencia al ordenamiento colombiano, *cfr.* NEME VILLARREAL, M. L. “El principio de buena fede en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, p. 79 ss., sobre el cual ver también bajo la óptica del derecho romano, *ead.*, *La buena fe en el derecho romano. La extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, *passim*.

56 Sobre esta cuestión me he ocupado más ampliamente en PIRAINO, F. *El cumplimiento de la obligación*, cit., p. 163 ss., pero v. sobre todo DELLACASA, M. *La cooperazione all'adempimento e rimedi a tutela del debitore*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU, A. y MESSINEO, F., dirigido por Mengoni, L., continuado por Schlesinger, P. y Roppo, V., Anelli, F., Milán, Giuffrè, 2019, pp. 125 ss., en part., p. 159 ss.

57 D. 17.1.29 *Ulpianus libro septimo disputationum*.

programa de la obligación o en el reglamento del contrato. Por esa razón, la ausencia de una especificación en el título, no proyecta los comportamientos omitidos en el área de las conductas no debidas, y la razón se encuentra precisamente en la imposición, efectuada por la ley a través del imperativo de buena fe, a ambos sujetos de la relación obligatoria, de estar preparados para hacer no solo aquello que está previsto expresamente en el título, sino también todos aquellos comportamientos ulteriores que, sobre la base de las circunstancias, se revelan necesarios para satisfacer el interés del acreedor o para salvaguardar el patrimonio o la persona que representa la contraparte.

Cuando una disposición normativa es concebida en torno a una cláusula general⁵⁸, como en el caso de la buena fe⁵⁹, el legislador no recurre a una regulación analítica, confiada en la especificación de los hechos condicionantes de la norma y de las respectivas consecuencias, sino que escoge un criterio de juicio de naturaleza valorativa. Los términos valorativos reenvían a elementos de la realidad que no pueden ser considerados verdaderos, porque su existencia y sus cualidades esenciales no están respaldadas por un amplio consenso social, sino que solo parecen plausibles. Esta plausibilidad es el estado ontológico de los elementos controvertidos y discutidos, como suelen ser, por ejemplo, los valores o los fines políticos últimos de una comunidad, a los que se refieren precisamente a las cláusulas generales. Las cláusulas generales, en la medida en que se encuentran compuestas por términos valorativos, le imponen al intérprete la necesidad de recurrir a un conocimiento caracterizado por una multiplicidad de puntos de vista, que con frecuencia no favorece el conocimiento preciso de los fenómenos, y esto obviamente amplía los márgenes de valoración en materia interpretativa. De ahí por qué la interpretación de las disposiciones normativas que contienen cláusulas generales, como la buena fe/*correttezza*, se presenta como una actividad de atribución de sentido más delicada y compleja respecto de la interpretación ordinaria⁶⁰, tanto que para

58 Sobre el problema de las cláusulas generales *cf.* MENGONI, L. “Spunti per una teoria delle clausole generali”, *Rivista critica del diritto privato*, 1986, pp. 18-19, ahora en CASTRONOVO, C., ALBANESE, A. y NICOLUSSI, A. (coords.), *Scritti giuridici*, 1, *Metodo e teoria giuridica*, Milán, Giuffrè, 2011, pp. 165 ss., en part., pp. 177-178. Sobre las cláusulas generales ver, bajo una óptica ius-analítica, el excelente ensayo de VELLUZZI, V. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milán, Giuffrè, 2010, *passim*.

59 Me he ocupado del problema de los términos valorativos que componen las cláusulas generales en PIRAINO, F. *La buona fede in senso oggettivo*, cit., pp. 41 ss.

60 Para una reflexión sobre el tema *cf.* PATTI, S. *Ragionevolezza e clausole generali*, Milán, Giuffrè, 2016, p. 31 ss.

señalar esta vigorización de las posibilidades de elección ofrecidas por la determinación del contenido de las cláusulas generales se suele hablar de “integración valorativa”⁶¹. La dificultad surge por la indeterminación semántica de los términos valorativos, la cual le ofrece al intérprete un exceso de posibles contenidos normativos, mucho mayor de aquella producida por la ordinaria vacuidad de los términos no valorativos⁶² atendiendo la variedad de soluciones alternativas entre las que puede optar.

Este exceso de posibles significados debe ser gobernado por el intérprete a través de una cuidadosa labor de selección que debe conducir a la individuación del sentido que goza del mayor consenso social, porque coincide con las ideas más difundidas sobre el valor o el fin evocado por la cláusula general o por el sentido que se encuentre en grado de obtener mayor consenso. Este arduo escrutinio es indicado por lo general como una concreción de las cláusulas generales y consiste no solamente en individuar la idea más acreditada del valor o del fin al cual remite la cláusula general, sino también en la tipificación del contenido de la cláusula dirigida a “estandarizar” su uso. De esta manera se favorece la aplicación de la cláusula general de acuerdo con modalidades análogas a aquellas propias de la aplicación de las normas de carácter analítico. Esa tipificación de los contenidos se dirige a garantizar la universalización de la norma que se desprende de la disposición que contiene una cláusula general y a la estabilización de su sentido: ambos, requisitos indispensables para la obtención del orden social. La tipificación es perseguida mediante la individuación de figuras sintomáticas, o sea de contenidos normativos estándar, que procuran contener y racionalizar el amplio margen de valoración del juez.

Tratándose de la buena fe —que, como se sabe, representa la cláusula general más estudiada—, la doctrina y la jurisprudencia han individuado dos contenidos típicos: el de las obligaciones integrativas y el del límite de las posiciones sustanciales, especialmente a través de la figura de la prohibición del

61 VELLUZZI, V. *Le clause generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 39 ss. observa que “se habla de ‘integración’ con el fin de connotar la actividad judicial como invasiva de competencias ajenas, es decir, como una actividad que no es igual a aquella normalmente desarrollada al interpretar los enunciados normativos, además de ser una prerrogativa típica de quienes las producen”.

62 VELLUZZI, V. *Le clause generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 88 señala que la determinación de los términos o sintagmas valorativos que componen las cláusulas generales es confiada a criterios, parámetros de juicio, internos o también externos al derecho, que pueden competir entre sí.

abuso del derecho⁶³. A cada una de estas figuras sintomáticas del *agere ex fide bona* es atribuida respectivamente una función específica de la buena fe: la de integrar la obligación y el contrato⁶⁴ y aquella valorativa de las conductas con el fin de verificar no solo su licitud, sino también su legitimidad⁶⁵.

En cuanto a la función integrativa, la doctrina y la jurisprudencia han individuado dos grandes categorías de obligaciones derivadas de la buena fe⁶⁶: aquella de las obligaciones instrumentales y aquella de las obligaciones accesorias de protección. Las primeras se encuentran ligadas a la obligación principal de prestación y su instrumentalidad reside en la predisposición para maximizar los efectos útiles de la prestación, enriqueciendo la conducta del

63 Cfr. PIRAINO, F. “Il divieto di abuso del diritto”, *Europa e diritto privato*, 2013, p. 75 ss.

64 La relación entre la función integradora de la buena fe y la determinación del objeto de la obligación ha sido analizada por DI MAJO, A. *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 316 ss., pero el primer tentativo de encuadramiento orgánico del tema se adscribe a RODOTÀ, S. *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 111 ss. A favor de la función integradora está orientada la doctrina mayoritariamente italiana: cfr., ex multis, BETTI, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, cit., p. 92 ss.; MENGONI, L. “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’ (Studio critico)”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, pp. 185 ss., y ahora en CASTRONOVO, C., ALBANESE, A. y NICOLUSSI, A. (coords.), *Scritti*. II. *Obbligazioni e negozio*, Milán, 2011; CARUSI, F. “Correttezza (Obblighi di)”, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milán, Giuffrè 1962, pp. 709 ss.; FRANZONI, M. *Degli effetti del contratto*. II, cit., p. 211 ss.; UDA, G. M. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Turín, Giappichelli, 2004, p. 95 ss., pp. 119 ss.; ROPPO, V. *Il contratto*, Milán, Giuffrè, 2011, 465 ss.; PIRAINO, F. *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 147 ss.

65 La función valorativa es sostenida como única connotación funcional de la buena fe por NATOLI, U. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. I, *Il comportamento del creditore*, en CICU, A. y MESSINEO, F. (Dirs.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 24 ss.; BIGLIAZZI GERI, L. “Buona fede nel diritto civile”, en *Digesto delle discipline privatistiche*, secc. civ. II, Turín, UTET, 1988, pp. 170 ss.; ead., *L'interpretazione del contratto*, arts. 1362-1371. *Il Codice civile. Commentario Schlesinger*, Milán, Giuffrè, 2013, pp. 13 ss.; BRECCIA, U. *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, Giuffrè, 1968, pp. 85 ss.; BUSNELLI, F. D. y NAVARRETTA, E. “Abuso del diritto e responsabilità civile”, en *Diritto privato* 1997, III, *Abuso del diritto*, Padua, Cedam, 1998, pp. 171 ss.; CALDERAI, V. *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Turín, Giappichelli, 2008, p. 300 ss. En cambio, a favor de la coexistencia de la función integrativa y de aquella valorativa se encuentran: DI MAJO, A. *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 324 ss.; FRANZONI, M. *Degli effetti del contratto*. II, cit., p. 249 ss.; PIRAINO, F. *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 356 ss.

66 Para una útil y detallada información sobre el punto cfr. FINAZZI, G. *La struttura e l'adempimento*, t. IV: *Correttezza e buona fede*, en GAROFALO, L. (Dir.) *Trattato delle obbligazioni*, Padua, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, pp. 400 ss. En cambio, con una perspectiva crítica cfr. PIRAINO, F. *La buona fede in senso oggettivo*, cit., pp. 171 ss.

deudor con aquellos comportamientos ulteriores que sirven para realizar en la medida más completa el interés del acreedor. Dentro de esta categoría se comprenden: las obligaciones de información, de notificación, de custodia, de conservación, de cooperación, etc.⁶⁷

A diferencia de las anteriores, las obligaciones de protección no están orientadas en el mismo sentido de la prestación, pues no son inherentes a ella, sino que ofrecen un complemento a la relación obligatoria en una dirección distinta respecto de la satisfacción del interés del acreedor⁶⁸. Las obligaciones de protección enriquecen la obligación bajo otro punto de vista: el de evitar que, en el curso y como consecuencia de la realización del vínculo, uno de los dos sujetos de la relación obligatoria pueda sufrir daños en su persona o en su propio patrimonio, es decir, daños diversos de aquellos ligados a la falta de obtención de la prestación. Se trata de perjuicios que presentan una intrínseca connotación aquiliana pero que, gracias a la buena fe, son atraídos al interior de la obligación, la cual también cumple una función resarcitoria,

67 V. la relación en FINAZZI, G. *La struttura e l'adempimento*, t. IV: *Correttezza e buona fede*, cit., p. 412 ss.

68 Sobre el punto *cfr.*, *ex multis*, MENGONI, L. “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’”, cit., pp. 229-233; *id.*, “Responsabilità contrattuale (dir. vig.)”, en *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milán, Giuffrè, 1988, p. 1089, ahora en CASTRONOVO, C., ALBANESE, A. y NICOLUSSI, A. (Coord.), *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, Milán, Giuffrè, 2011, pp. 299 ss., cit., p. 1089; DI MAJO, A. *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 316 ss.; *id.*, “Obbligazione. I) Teoria generale”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, 1990, p. 4, p. 23 ss.; *id.*, “La protezione del terzo tra contratto e torto”, *Europa e diritto privato*, 2000, p. 15 ss.; *id.*, *La Modernisierung des Rechts der Verträge in Deutschland*, *ivi*, 2004, p. 355 ss.; *id.*, *La responsabilità contrattuale*, Turín, Giappichelli, 2007, p. 21 ss.; *id.*, *Le tutele contrattuali*, Turín, Giappichelli, 2009, p. 58 ss.; CASTRONOVO, C. “Obblighi di protezione e tutela del terzo”, *Jus*, 1976, p. 123 ss.; *id.*, “Obblighi di protezione”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, 1990, p. 1 ss.; MAZZAMUTO, S., “Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d’inadempimento”, *Europa e diritto privato*, 2003, p. 647; *id.*, *Il mobbing*, Milán, Giuffrè, 2004, p. 24.; CIAN, G. “La figura generale dell’obbligazione nell’evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti”, cit., pp. 498-499; LAMBO, L. *Obblighi di protezione*, Padua, Cedam, 2007, pp. 31-32; MOSCATI, E. “Profili attuali degli obblighi di protezione nel diritto italiano e nel diritto europeo”, en *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Nápoles, Jovene, 2011, pp. 69 ss.; NIVARRA, L. “La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un’incompiuta”, *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 483 ss.; PIRAINO, F. *La buona fede in senso oggettivo*, cit., pp. 181 ss.; MIRABELLI DI LAURO, A. “L’obbligazione come rapporto complesso”, *Rivista di diritto civile*, 2018, pp. 910 ss., en part., pp. 915-916.

funcionalmente aquiliana⁶⁹, con la consecuencia de quedar rediseñada como una relación compleja⁷⁰.

La exigencia de incluir en el perímetro de la responsabilidad contractual los daños a la persona o al patrimonio originados en ocasión y como consecuencia del cumplimiento, nace de la necesidad, impuesta por la buena fe, de esterilizar el mayor riesgo de daños recíprocos que produce la instauración del vínculo obligatorio. En efecto, la obligación determina un acercamiento de las esferas jurídicas del deudor y del acreedor y cuanto más se aproximan esas esferas jurídicas más aumenta el riesgo recíproco de dañarse. Redefinida en términos de relación compleja, la obligación se encarga de ofrecer una protección adecuada al patrimonio y a la persona del deudor y del acreedor contra aquella acentuación del riesgo de perjuicios que esa misma crea, predisponiendo de esta manera una respuesta en términos de tutela más adecuada y dogmáticamente coherente respecto de la figura discutible, de origen francés, del cúmulo de responsabilidad contractual y extracontractual ligado a la diversidad de los intereses lesionados⁷¹.

En cambio, la función valorativa de la buena fe se manifiesta a través de la individuación de límites a las pretensiones del acreedor, que se traducen ya sea en la prevención de comportamientos que tiendan a obstruir el cumplimiento, a la que el legislador ha conferido una forma propia mediante la ya recordada disciplina de la *mora accipiendi*, o en la delimitación de los poderes y de las facultades del acreedor, determinada por la figura del abuso del derecho. En términos generales, se puede sostener que la función valorativa tiene un alcance bilateral y se dirige a ambos sujetos de la relación obligatoria, aunque de preferencia apunta hacia donde es mayor la esfera de libertad de acción —y por lo tanto sobre las prerrogativas del acreedor— permitiendo censurar aquellos comportamientos que se presentan formalmente respetuosos del contenido de

69 CASTRONOVO, C. “Obblighi di protezione”, cit., p. 3: “Si las obligaciones de protección extienden la tutela contractual a la esfera subjetiva de las partes en su conjunto, su función es análoga a aquella desarrollada por el mismo principio de *alterum non laedere* que preside a la responsabilidad aquiliana. De ahí se desprende que la violación de las obligaciones de protección es un ilícito sustraído al régimen de esta última y adscrito al ámbito de la responsabilidad contractual, precisamente porque se encuentra mediado por la violación de una obligación”.

70 CASTRONOVO, C. “La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale”, *Europa e diritto privato*, 2011, p. 55 ss.; MIRABELLI DI LAURO, A. “L’obbligazione come rapporto complesso”, cit., p. 910 ss.

71 Para una crítica concisa a la regla del cúmulo de responsabilidad *cfr.* MAZZAMUTO, S. *Il mobbing*, cit., p. 48 ss.; CASTRONOVO, C. *Responsabilità civile*, cit., p. 637 ss.

la obligación, pero que desde el punto de vista sustancial se revelan incorrectos, porque están destinados a imponer a la contraparte un sacrificio injustificado.

Los remedios vinculados con la función valorativa de la buena fe consisten en el resarcimiento del daño y en la *exceptio doli generalis*⁷², la cual, toda vez que la conducta incorrecta, bajo forma de abuso, consista en la excepción del convenido, esa será repelida por medio de una *replicatio doli generalis*⁷³. La *exceptio doli generalis* se dirige a paralizar la pretensión del acreedor a través de la solicitud que se presenta al juez para que rechace la demanda, a pesar de su validez en términos de derecho estricto, precisamente como consecuencia de la falta de lealtad sustancial que la caracteriza⁷⁴; mientras que la *replicatio* procura que el juez desatienda la excepción del deudor, la cual también se encuentra fundada sobre el derecho estricto, pero en concreto deshonesto, porque tiende a obtener una defensa injusta en contra de las pretensiones del actor.

4. LA DILIGENCIA Y LA PERICIA

La otra piedra angular de la disciplina del cumplimiento está constituida por el art. 1176 c.c. it., dedicado a la diligencia del buen padre de familia: “Al cumplir la obligación el deudor debe actuar conforme a la diligencia del buen padre de familia. En el cumplimiento de obligaciones inherentes al ejercicio de una

72 Cfr. PIRAINO, F. *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 431 ss.

73 Cfr. ZOZ, M. G. “Eccezione di dolo generale e “replicatio doli”, en GAROFALO, L. (Dir.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padua, Cedam, 2006, p. 489 ss.; FINAZZI, G. *La struttura e l'adempimento*, t. IV: *Correttezza e buona fede*, cit., p. 1616 ss.

74 Sobre el punto v. BURDESE, A. “Exceptio doli (diritto romano)”, en *Novissimo Digesto italiano*, IV, Turín, UTET, 1960, p. 1072 ss.; PELLIZZI, G. L. “Exceptio doli (diritto civile)”, *ivi*, 1074 ss.; TORRENTE A, “Eccezione di dolo”, en *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milán, Giuffrè, 1965, p. 220 ss.; NATOLI, U. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, *Il comportamento del creditore*, cit., 38-39; CATTANEO, G. “Buona fede obbiettiva e abuso del diritto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, p. 638 ss.; BIGLIAZZI GERI, L. “Buona fede nel diritto civile”, cit., 172-173; RANIERI, F. “Eccezione di dolo generale”, en *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Turín, 1991, p. 311 ss.; DOLMETTA A.A. “Exceptio doli generalis”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Agg, XIII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1997, p. 1 ss.; MERUZZI, G. *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padua, Cedam, 2005, *passim*, en part., p. 429 ss.; VIARO, S. “Abuso del diritto ed eccezione di dolo genarale”, en GAROFALO, L. (Dir.) *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padua, 2006, p. 1 ss., en part., p. 38 ss.; GAROFALO L. y VIARO S. “Sull'eccezione di dolo generale”, en GAROFALO, L. (Dir.), *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, Padua, Cedam, 2015, p. 67 ss.

actividad profesional, la diligencia debe valorarse de acuerdo con la naturaleza de la actividad ejercida”. Mientras la buena fe/*correttezza* funciona en ambos lados de la relación obligatoria, enriqueciendo la posición del deudor y limitando al mismo tiempo la del acreedor, la diligencia se dirige exclusivamente al deudor. La opinión tradicional, también basándose sobre el tenor literal del art. 1176 c.c. it, considera que la diligencia representa uno de los criterios que definen la exactitud de la prestación, funcionando como un canon de conducta en materia de cumplimiento. Bajo esta perspectiva, la diligencia prescribe una cierta medida imprescindible de esfuerzo y de atención a la que el deudor debe conformar su actuación, pero también puede ser entendida como la necesidad de ejercer una cierta cautela, a través de la adopción de medidas precautorias, asumiendo de esta manera la forma de la prudencia.

De igual manera, tradicionalmente se afirma que el deudor frívolo, incauto, que no es lo suficientemente atento y comprometido, es negligente e imprudente, incurriendo como consecuencia en culpa. No se puede profundizar sobre este punto por exceder los objetivos del presente estudio; sin embargo, debe aclararse que es posible dudar seriamente tanto sobre la inherencia de la diligencia y de la prudencia a la categoría de los criterios que configuran la exactitud de la prestación –y sobre este punto se volverá adelante– como también sobre la culpa como fundamento de la responsabilidad por incumplimiento⁷⁵. La culpa, entendida como defecto de diligencia, prudencia o pericia o como la inobservancia de normas genéricas de actuación de acuerdo con lo prescrito por disposiciones normativas (leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas a las que se refiere el art. 43 del código penal), se adapta de mejor forma a la actividad espontánea, en vez de a aquella vinculada, como en el caso del cumplimiento. Esto se debe al carácter genérico de las reglas de conducta ofrecidas por la diligencia, prudencia y pericia, que mal se adaptan a la obligación, la cual se presenta, en cambio, como un vínculo específico de conducta.

Aquello que el deudor está obligado a hacer, a no hacer o a dar, incluidos los requisitos cualitativos o cuantitativos o las modalidades de la prestación, no proviene de parámetros genéricos como la diligencia, la prudencia o la pericia, por lo demás, ajustados al modelo antropológico del hombre medio, evocado por la figura de ascendencia romana del *bonus pater familias*. En efecto, el deudor debe adecuarse a reglas mucho más persuasivas y puntuales prescritas por el

75 Al tema le he dedicado un estudio específico: PIRAINO, F. “Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale”, *Europa e diritto privato*, 2011, p. 1019 ss.

título de la obligación o extraíbles *per relationem* de criterios extrínsecos de determinación del objeto de la obligación de carácter puntual, como obligaciones legales específicas o como un determinado conocimiento profesional. En el interior de la obligación, la diligencia, en sus varias declinaciones, reviste por lo tanto un rol secundario, pues provee un criterio general dirigido a orientar la conducta del deudor en vista de la preservación de la posibilidad de cumplir. A la luz de esta función conservativa, la diligencia representa uno de los criterios que son tenidos en cuenta en el juicio de imputación de la causa que ha hecho la prestación imposible *ex arts. 1218 y 1256 c.c. it.*, por lo que no atañe al fundamento de la responsabilidad contractual, vinculado estrechamente con el incumplimiento en su objetividad, sino a la exoneración de aquella.

El segundo inciso del art. 1176 c.c. it. es entendido, por lo general, como una especificación del parámetro general establecido en el primer inciso, destinado a aplicarse cuando la prestación reviste una naturaleza profesional. Según esta lectura, la *ratio* del art. 1176, inciso 2, c.c. it. se preocupa por individuar otro agente modelo, de acuerdo con el cual se pueda valorar la diligencia debida en las obligaciones de hacer profesional como consecuencia de la inadecuación del tipo social ofrecido por el hombre medio, sustituido en estas circunstancias por el profesional medio que actúa en el ámbito específico dentro el cual se ubica la obligación⁷⁶. Esta variación en sentido profesional y técnico de la diligencia es indicada con el término de “pericia”. Sin embargo, se puede dudar seriamente sobre la validez de este encuadramiento sistemático difundido en forma amplia, y la razón del disenso se encuentra en la radical diferencia cualitativa entre la pericia y la diligencia: a diferencia de esta última, la primera no reenvía a reglas de contenido genérico dirigidas a limitar la discrecionalidad individual, sino a un complejo de reglas específicas, dirigidas a guiar la mano del deudor-profesional, extraídas de otras ramas del saber y consagradas en el conocimiento consolidado y examinado de naturaleza teórica, tecnológica, técnica, experimental que gobierna la profesión que el deudor se ha ocupado de ejercer para promover la satisfacción del interés del acreedor. A diferencia de la diligencia, relacionada con la conservación de la posibilidad de cumplir, la pericia asume una función como criterio de determinación del objeto de la

76 BIANCA, C. M. *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., p. 91. Un cuadro más completo se encuentra en BRECCIA, U. *Le obbligazioni*, cit., p. 233 ss., quien, sin embargo, no parece acoger, por lo menos explícitamente, la diversidad de contenido y funciones entre la diligencia y la pericia.

prestación de hacer profesional y, en consecuencia, se convierte en parámetro de la exactitud de la prestación: verdadera y propia regla de cumplimiento.

Como ya se puede evidenciar, sobre la base de esta breve introducción, el art. 1176 c.c. it. plantea diversos problemas complejos de orden sistemático⁷⁷, presentándose como una disposición ambigua, y, en efecto, sobre ella ha sido edificada la categoría criticada de las obligaciones “de medios”⁷⁸, entendida como el conjunto de las obligaciones en las cuales el deudor está obligado exclusivamente a adoptar un comportamiento diligente –o con pericia, si la

77 CANNATA, C. A. “Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi. (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile del 1942)”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, p. 993 juzga el art. 1176 c.c. “una de las normas más problemáticas de la codificación civil de 1942”.

78 Como se sabe, la formulación más completa –y afortunada– de la distinción entre *obligations* «de résultat» y *obligations* «de moyens» se debe a DEMOGUE, R. *Traité des obligations en général*, v, París, Librairie Arthur Rousseau, 1925, n. 1237; VI, París, Paris Rousseau, 1931, n. 599. En la literatura francesa, *cfr.* además a MAZEAUD, H. “Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles; ‘obligations déterminées’ et ‘obligations générales de prudence et diligence’”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1936, p. 1 ss.; TUNC, A. “La distinction des obligations de résultat et obligations de diligence”, *Semaine Juridique (JCP)*, 1945, i, n.º 449; *id.*, “La distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza”, *Nuova Rivista del diritto commerciale*, I, 1947–1948, p. 126 ss.; FROSSARD, J. *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, *passim*; VINEY, G. “Les conditions de la responsabilité”, en GHESTIN, J. (Dir.), *Traité de droit civil*, París, LGDJ, 1982, p. 629 ss.; CARBONNIER, J. *Droit civil*, IV, *Les obligations*, París, PUF 2000, nn. 156 ss., p. 288 ss.; FAURE ABBAD, M. *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, París, LGDJ, 2003, p. 242 ss.; GENICOT, G. *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 336 ss. Critican en cambio la distinción CAPITANT, H. “Les effets des obligations”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1932, p. 724 ss.; ESMEIN, P. “Remarques sur des nouvelles classifications des obligations”, en *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, París, Dalloz, 1930, p. 235; *id.*, “Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1933, p. 627 ss.; *id.*, *Obligations*, en Planiol, M. y Ripert, G. *Traité pratique de droit civil français*, VII, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 498 ss.; MARTON, G. M. “Obligations de résultat et obligations de moyens”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1935, p. 499 ss.; RÉMY, Ph. “Critique du système français de responsabilité civile”, en *Droit et Cultures*, 1996, p. 31 ss., en part., p. 45 ss.; *id.*, “La ‘responsabilité contractuelle’: histoire d’un faux concept”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 323 ss.; ahora también BELLISSENT, J. *Contribution à l’analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*. À propos de évolution des ordres de responsabilité civile, París, LGDJ, 2001, *passim* pero la crítica no se ha extendido más allá del juicio de inutilidad de la bipartición, debida a un exceso de esquematismo y de generalidad: v. REMY, Ph., *La «responsabilité contractuelle»: histoire d’un faux concept*”, cit., p. 343.

prestación es de naturaleza profesional— sin asumir el compromiso de obtener un resultado específico⁷⁹. En consecuencia, el incumplimiento de tal categoría de obligaciones presupone la culpa del deudor, o sea el defecto de diligencia, a diferencia de las obligaciones “de resultado” en las cuales, en cambio, el incumplimiento está representado por el hecho material de la falta de consecución del resultado esperado, sin que el acreedor tenga la necesidad de aportar la prueba de la violación de las reglas de diligencia por parte del deudor.

De esta manera se había llegado a la conclusión de que la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones “de medios” estuviera fundada sobre la culpa y encontrara su regulación en el art. 1176 c.c. it., mientras que la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones “de resultado” revistiera un fundamento objetivo, en la medida en que estaba fundada sobre el

79 En Italia la distinción es criticada por la doctrina mayoritaria: *cfr.* MENGONI, L. “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’”, cit., p. 185 ss.; GIORGIANNI, M. *L’inadempimento. Corso di diritto civile*, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 227-228; RESCIGNO, P. “Obbligazioni (diritto privato)”, en *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milán, Giuffrè, 1979, pp. 190-192; NATOLI, U. *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 2, cit., p. 47 ss., en part., p. 53; DI MAJO, A. *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 109-111; p. 456 ss.; *id.*, “Obbligazione I) Teoria generale”, cit., p. 21; CASTRONOVO, C. “Profili della responsabilità medica”, en *Studi in onore di Pietro Rescigno. V. Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 117 ss.; *id.*, *Responsabilità civile*, cit., 555 ss.; 785 ss.; MAZZAMUTO, S. *Il contratto di diritto europeo*, cit., 377 ss.; BIANCA, C. M. *Dell’inadempimento delle obbligazioni. Commentario del codice civile*; SCIAJOLA, A. y BRANCA, G. *Bolonia-Roma*, Zanichelli, 1979, p. 33; *id.*, *Diritto civile*. 4. cit., pp. 73-75; BRECCIA, U. *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 106 ss.; *id.*, *Le obbligazioni*, cit., pp. 137 ss., pp. 488-491; VISINTINI, G. *Inadempimento e mora del debitore*, *Arts. 1218-1222. Il Codice Civile. Commentario*, fundado por SCHLESINGER, P., dirigido por BUSNELLI, F. D., Milán, Giuffrè, 2006, pp. 117-118; NIVARRA, L. “La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza”, *Europa e diritto privato*, 2000, pp. 518 ss.; NICOLUSSI, A. “Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi”, *Europa e diritto privato*, 2006, pp. 797 ss.; *id.*, “Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico”, *Danno e responsabilità*, 2008, pp. 871 ss.; PIRAINO, F. “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’ ovvero dell’inadempimento incontrovertibile e dell’inadempimento controvertibile”, *Europa e diritto privato*, 2008, pp. 113 ss.; *id.*, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 551 ss.; *id.*, “Corsi e ricorsi delle obbligazioni “di risultato” e delle obbligazioni “di mezzi”: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza”, *Contratti*, 2014, pp. 900 ss.; *id.*, “Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell’onere della prova”, *Giurisprudenza italiana*, 2019, pp. 709 ss.; *id.*, “Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale”, *Foro italiano. Gli speciali*, 2020, pp. 169 ss.; CERDONIO CHIARAMONTE, G. *L’obbligazione del professionista intellettuale. Tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padua, Cedam, 2008, pp. 69 ss.

incumplimiento en su materialidad, y encontrara su disciplina en el art. 1218 c.c. it. Sin embargo, tal conclusión es equivocada no solo porque es desmentida por la reconstrucción del objeto de la obligación efectuada antes, sino también porque rompe la unidad de la disciplina de las obligaciones y, en particular, de las reglas de responsabilidad. En efecto, es evidente que esta interpretación forzada insiste en la transformación de una regla de cumplimiento, cual es el art. 1176 c.c. it, en una regla de responsabilidad, paralelamente al redimensionando del alcance del art. 1218 c.c. it.: una disposición sobre la responsabilidad por incumplimiento, que, sin embargo, en la reconstrucción criticada se encuentra circunscrita solamente a las obligaciones “de resultado”.

Como se ha anticipado en forma sintética, la diligencia a la que se refiere el art. 1176 c.c. it. no enuncia una regla sobre el fundamento de la responsabilidad contractual, ni en términos generales, ni con relación exclusiva –como se anticipó– a una presunta familia de obligaciones de mera conducta. En efecto, la responsabilidad contractual se apoya, exclusivamente, sobre el incumplimiento en su materialidad objetiva⁸⁰ y no exige un orden de valoración de la conducta respecto de aquel establecido por las prescripciones que componen su objeto. En otros términos, el juicio de exactitud no implica un examen sobre la forma en que se llevó a cabo la prestación a la luz de la diligencia, de manera que el resultado negativo de tal juicio equivalga a culpa y justifique la confirmación de la consiguiente responsabilidad. En efecto, un enfoque semejante produce una duplicación inútil de juicio: las conductas debidas son objeto de una obligación principal de prestación y de obligaciones instrumentales y accesorias, o sea de preceptos específicos que puntualizan el fin de la prestación y las modalidades de su realización. Por lo tanto, no es necesario invocar una regla de conducta adicional como la diligencia, que, por lo demás, se comporta como una norma de contenido genérico, sustituida por las obligaciones de carácter específico que le dan cuerpo a la obligación. Viceversa, para decretar el incumplimiento sería necesario en cada caso demostrar, o aducir, no solo la falta o inexacta realización de las conductas debidas, sino también la previsibilidad y la evitación de dicho resultado por parte deudor, lo que parece francamente excesivo⁸¹.

80 *Cfr.*, para todos, MENGONI, L. “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’ (Studio critico)”, cit., p. 300.

81 Sobre el punto me he detenido en PIRAINO, F. *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 630 ss.: “si la imputación de los daños llamados contractuales es confiada al incumplimiento, la invocación de un particular estado subjetivo, como el dolo o la culpa, se revela, entonces, del todo pletórico y esto porque se acreditaría, viceversa, la idea de la insuficiencia de la violación

Si se quiere ser consecuente y no dejarse llevar por construcciones fundadas sobre meras ficciones, la elección de flanquear la culpa o la imputabilidad al incumplimiento conduciría a subordinar el juicio de responsabilidad a la prueba o a la alegación de las razones subjetivas que han llevado al deudor a violar el vínculo obligatorio⁸². En otros términos, no sería suficiente probar o alegar que la prestación no ha sido ejecutada o que ha sido ejecutada de manera inexacta, requiriéndose también la demostración de la específica carencia de atención, esfuerzo, compromiso, cuidado, prudencia o prevención, que ha condicionado la conducta del deudor, llevándolo a la violación de la obligación. De esta manera se le permitiría al deudor quedar eximido de responsabilidad incluso demostrando solamente la ausencia de culpa, dando lugar a una evidente violación de la norma cardinal de la responsabilidad contractual: el art. 1218 c.c. it.⁸³

A favor del rol central de la diligencia en materia de cumplimiento y, por lo tanto, del fundamento subjetivo y culposo de la responsabilidad contractual, se inclina en Italia Lodovico Barassi, no por casualidad, defensor de la concepción subjetiva del caso fortuito ligada a la teoría del deber de esfuerzo, bajo el código civil de 1865⁸⁴. Barassi considera que la voluntad del deudor

de la obligación primaria de prestación o de las obligaciones accesorias de protección con el fin de adscribir a la responsabilidad del deudor los perjuicios que se han producido, proyectando de esta manera la necesidad de invocar una infracción ulterior constituida por la separación a determinados modelos de conducta”. Posteriormente el tema ha sido profundizado con más detalle en PIRAINO, P. *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, cit., 1019 ss.

82 Así, Cas. 9 julio 1984, n.º 4020, en *Mass. Giur. it.*, 1984 la cual ha considerado que “el incumplimiento [...] debe ser valorado no solamente con relación al elemento objetivo en el que se concreta la violación contractual, sino también respecto de la subsistencia del elemento subjetivo, que consiste en la efectiva voluntad del deudor de sustraerse injustamente a la prestación debida”: voluntad que en cambio faltaría “haciendo el incumplimiento no imputable al deudor [cuando] éste haya actuado conforme con la diligencia del buen padre de familia”. V. la crítica de CASTRONOVO, C., sub art. 1176, cit., 27-28.

83 Cfr. sobre el punto MENGONI, L. “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’ (Studio critico)”, cit., p. 288; CASTRONOVO, C., sub art. 1176, cit., p. 27.

84 BARASSI, L. “Se e quando lo sciopero sia forza maggiore ai sensi dell’art. 1226 cod. Civ.”, en *Addizione a BAUDRY LACANTINERIE, G. y WAHL, A., Del contratto di locazione*, en *Trattato teorico pratico di diritto civile*, dirigido por BAUDRY LACANTINERIE, G., II, 2, trad. it, Milán, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, s.f., 455 ss., p. 521 ss. En esta línea aún se encuentra BIANCA, C. M. *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 95 ss., p. 152 ss. Cfr. sin embargo el cambio de opinión de Barassi que, con posterioridad a la entrada en vigor del código civil de 1942, ha tomado nota de que la nueva formulación del art. 1218 c.c. ya no permite identificar el caso fortuito con la *non culpa*: BARASSI, L. *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L’attuazione*, 2.ª edición, Milán, Giuffrè, 1948, p. 265 ss., en part., pp. 270-271.

“para poner en marcha la prestación, debe responder a un grado de tensión, a un complejo de cuidados y de cautelas sintetizadas en la “diligencia”. Este grado de tensión y de diligencia está determinado claramente, porque puede ser por sí mismo muy variado”⁸⁵. El resultado consiste en inferir la subsistencia de la culpa como consecuencia lógica inevitable de la ecuación que percibe la “coincidencia entre el deber de diligencia con la posibilidad de la prestación”⁸⁶, de manera que, de acuerdo con esa premisa, “el incumplimiento de una prestación posible determina la responsabilidad del deudor, porque, no habiendo empleado toda la diligencia a la que estaba obligado, incurre en culpa”⁸⁷. Un enfoque así puede determinar en abstracto dos consecuencias, ambas no deseables: o legitima un segundo orden de valoración de la conducta del deudor, gracias al cual este puede ser eximido de responsabilidad demostrando que, a pesar de la violación del contenido de la obligación y de la falta de obtención del resultado perseguido, ninguna imputación se le puede hacer en términos de negligencia, imprudencia o impericia; o instituye una presunción de culpa ante la prueba —o también solo con su alegación— de la violación del contenido de la obligación y de la falta de consecución del resultado esperado⁸⁸.

Por el contrario, cuando se le asigna a la diligencia, ya sea entendida como pericia o como el conjunto de reglas consolidadas en la práctica aplicables a conductas no profesionales, el rol, más adecuado y correcto, de criterio para determinar el objeto de la obligación, logra que esa funja como un canal para el ingreso de normas de conducta específicas, elaboradas en ámbitos extra-jurídicos y juridificadas de esta manera, que toman el lugar de las reglas que las partes no han podido o querido predisponer de común acuerdo. En estos casos, la violación de la diligencia no equivale a culpa, sino a incumplimiento

85 BARASSI, L. *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, cit., p. 15.

86 *Ibidem*, p. 286.

87 *Ibidem*, p. 298.

88 Esta segunda conclusión parece emerger del pensamiento de Barassi, *ibidem*: “Excepto siempre el caso de imposibilidad [...] no debe haber culpa para no responder del incumplimiento, y no hay culpa si el deudor ha empleado toda la diligencia a la cual estaba obligado y que le era permitida por la posibilidad de la prestación. Es necesario convenir en que el razonamiento sobre el que se funda el código, aquí es de una simplicidad lineal: la prestación es posible, por lo tanto el deudor debe cumplirla con todas las energías que se requieren para ello. Y si no lo hace incurre en culpa”. En otros términos, la prueba de la ocurrencia del incumplimiento, no obstante subsistir la posibilidad de cumplir, equivale a prueba de la culpa, sin que sea necesario individuar imputaciones específicas en términos de defecto de atención, de compromiso, de esfuerzo, de cuidado, de precaución, etc.

en su materialidad objetiva, ya que se trata de la transgresión o de la inexacta realización de las conductas que, aunque por vía heterónoma, componen el objeto de la obligación. Es posible arribar a esta conclusión —y en efecto se llega— también en aquellos ordenamientos, como el colombiano, que han anclado la responsabilidad contractual a la culpa. El art. 1604, inciso 1, del código civil colombiano incorpora la tripartición de la culpa, estableciendo que “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”.

De todos modos se trata de una culpa presunta ante la violación del contenido de la obligación, tal como se desprende del art. 1604, inciso 3, que carga la prueba de la diligencia “al que ha debido emplearla”, lo que redimensiona su verdadero alcance operativo y sistemático. En cualquier caso, la elección de consagrar la desacreditada tripartición de la culpa es juzgada de manera severa por la doctrina más reciente⁸⁹, tratándose en efecto de una elaboración medieval⁹⁰ dirigida a hacer emerger el carácter relativo de la diligencia⁹¹ y, por ejemplo, abandonada en Italia con la codificación de 1942^[92].

En línea con la doctrina europea, la doctrina latinoamericana se orienta hacia la identificación de la culpa con el incumplimiento entendido de manera objetiva, concluyendo que no es necesario analizar la conducta del deudor con los mismos criterios de la culpa extracontractual, siendo en cambio suficiente verificar si existe o no conformidad de la conducta realizada con el contenido de la obligación⁹³. Esta es sin lugar a dudas la concepción correcta de la

89 VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A. *Derecho civil*, III, *De las obligaciones*, cit., pp. 327-328.

90 POLACCO, V. *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 402 ss., anula la tripartición considerando el fruto de bizantinismos que gustan de las clasificaciones de la vieja doctrina.

91 Lo señala BARASSI, L. *La teoria generale delle obbligazioni*, III, cit., p. 23: a la culpa *levissima* corresponde la violación de la diligencia máxima, a la culpa *levis* de aquella media y a la culpa *lata* de aquella mínima.

92 Sobre el punto *cfr.* DI MAJO, A. *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 415 ss.; CASTRONOVO, C., *sub art. 1176*, cit., p. 30-31.

93 VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A. *Derecho civil*, III, *De las obligaciones*, cit., pp. 328, 330, quienes llegan a la conclusión de que “la noción de la culpa contractual (especialmente culpa del deudor) solo puede configurarse en la forma expresada, es decir, como el hecho de no cumplir o cumplir tardíamente. Por lo tanto, la responsabilidad contractual tiende a ser una responsabilidad objetiva que se funda, más que en una culpa subjetiva, en la falta

responsabilidad contractual y del rol de la diligencia, pero no es riguroso sostener que “normalmente solo los deudores imprudentes o negligentes son los que incumplen sus obligaciones”⁹⁴. En efecto, debe aclararse que la negligencia y la imprudencia no son, en sentido estricto, sinónimos de incumplimiento, como no lo es la culpa; y ni los unos ni la otra pueden ser considerados indirectamente implicados en el incumplimiento. En las obligaciones en las que la pericia funge como criterio heterónomo de determinación de la obligación principal de prestación, la impericia, o la “negligencia” en sentido no técnico, expresan, en cambio, justamente la inexactitud de la prestación.

La ambigüedad del código civil italiano en torno al tema de la diligencia⁹⁵ se agrava por la relación, ampliamente acogida, entre el art. 1176, inciso 1, c.c. it. y el art. 1218 c.c. it.⁹⁶, en virtud de la cual el juicio de no imputabilidad del evento que ha hecho imposible la prestación debe desplegarse a la luz de la diligencia prevista en el art. 1176 c.c. it.⁹⁷, a menos que la ley imponga un

de prudencia de una persona en calcular las posibilidades de ejecutar la prestación pactada, cálculo de posibilidades que debe examinarse en el momento de contraer la obligación”. El juicio sobre la naturaleza objetiva de la responsabilidad tal vez puede ser repensado y, en dicho sentido, he tratado de demostrar que la responsabilidad contractual no está fundada sobre la culpa sino que reviste de todas maneras una naturaleza subjetiva en Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 630 ss.; *id.*, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, cit., pp. 1081 ss.

94 *Ibidem*, p. 329.

95 Una ambigüedad que también se observa en la reflexión dedicada a la diligencia, por parte del padre fundador de la disciplina codificada del incumplimiento: es aquella de Osti, quien en *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 593 ss., refiere la regla prevista en el art. 1176 c.c. solo a las obligaciones llamadas de comportamiento. Esta afirmación es controvertida por MENGONI, L. “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’”, cit., p. 201, como un error y sobre ella también se detiene CASTRONOVO, C. *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, cit., p. 4 ss.

96 La relación compleja entre los arts. 1176 y 1218 c.c. es evidenciada por RODOTÀ, S. “Diligenza (dir. civ.)”, en *Enciclopedia del diritto*, XII, Milán, Giuffrè, 1964, p. 543.

97 MENGONI, L. “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’ (Studio critico)”, cit., p. 202–203 aclara que “la valoración de la diligencia como regla general de responsabilidad en la hipótesis de imposibilidad sobrevenida de la prestación, es decir como norma integrativa del art. 1218, no se opone a la rotulación del art. 1176 bajo el título del cumplimiento en vez que de la responsabilidad por incumplimiento. En efecto, desde el punto de vista técnico-jurídico, la función principal de la diligencia no es tanto la ejecución de la prestación sino la conservación de la posibilidad de cumplir. Pero el comportamiento del deudor, dirigido a preservar la posibilidad de la prestación, es por sí mismo un deber, o mejor corresponde al objeto de la obligación primaria de prestación y lo especifica. En otras palabras, la diligencia –entendida técnicamente como esfuerzo dirigido a evitar el llamado *casus culpa determinatus*– es una

criterio de imputación de naturaleza objetiva como en el caso de la responsabilidad *ex recepto*⁹⁸.

En otros términos, sobre la base de ese nexo sistemático el art. 1176, inciso 1, c.c. it., enuncia la diligencia denominada conservativa, es decir, el esfuerzo de atención, de cautela y de competencia a la que el deudor debe adecuar su propia actuación con el fin de conservar posible la prestación. Emerge un cuadro en el que la diligencia cumple un doble rol: como regla sustancial de cumplimiento —que según una lectura bastante difundida se traduciría en la prescripción de la modalidad general de la prestación marcada por el esfuerzo y el compromiso del agente modelo al cual reenvía la antigua fórmula del *bonus pater familias*⁹⁹— y como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida. Las dos funciones no pueden reducirse a una sola y, por lo tanto, la doctrina más autorizada ha considerado posible individuar dos nociones diversas de diligencia: una primera, indicada como diligencia en sentido antitécnico, la cual implica —como se anticipó— un criterio de determinación del objeto de la obligación y más correctamente estaría identificada con la pericia; mientras que la segunda, catalogable como diligencia en sentido técnico, involucra una regla de conducta genérica que impone un cierto grado de atención, de cuidado, de precaución, de esfuerzo con el fin de prevenir la imposibilidad de la prestación¹⁰⁰.

medida de imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento impartida por el mismo contenido de la relación obligatoria, al que resulta inherente la diligencia como criterio de una serie de obligaciones integrativas instrumentales”. En el mismo sentido, *cfr.* NATOLI, U. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 2, *Il comportamento del debitore*, cit., p. 51 ss.; DI MAJO, A. *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 463 ss., en part. 466; BRECCIA, U. *Le obbligazioni*, cit., p. 468 ss., en part., p. 472.

98 En tal sentido CASTRONOVO, C. “Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza”, en Portale, G. B. (dir.), *Le operazioni bancarie*, Milán, Giuffrè, 1978, p. 486; MENGONI, L., “Responsabilità contrattuale (dir. vig.)”, cit., p. 1079, n. 53; REALMONTE, F. “Caso fortuito e forza maggiore”, en *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, II, Turín, UTET, p. 253, n. 42; ANELLI, F. *Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore*, Milán, Giuffrè, 1990, *passim*.

99 *Cfr.* NATOLI, U. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 2, *Il comportamento del debitore* cit., p. 41 ss.; DI MAJO, A. *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 452 ss.; CASTRONOVO, C. *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, cit., p. 8, p. 10; ALBANESE, A. *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, Tricase (Le), Libellula edizioni, 2014, p. 63.

100 El autor de esta distinción es MENGONI, L. “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’”, cit., p. 199 ss.

5. LAS OBLIGACIONES INSTRUMENTALES Y ACCESORIAS LEGALES Y LAS MODALIDADES DE TIEMPO Y DE LUGAR DE LA PRESTACIÓN

En completa armonía con la elección de esbozar una disciplina general de las obligaciones, el código civil italiano prevé una regulación del cumplimiento de manera esencial y genérica¹⁰¹.

El art. 1177 c.c. it. se refiere a las obligaciones de *dare* y establece que en la obligación de entregar una cosa determinada se encuentra implícita la obligación instrumental de conservar el bien hasta el momento en que la entrega es efectuada.

El art. 1178 c.c. it. dicta un criterio cualitativo relacionado nuevamente con las obligaciones de dar, cuando la entrega recae sobre bienes de género. Como se sabe, la distinción entre bienes de género y bienes de especie es una de las más relevantes del derecho civil y, en el ámbito de las obligaciones, implica que, cuando la obligación de entregar tiene por objeto bienes de género, la exactitud de la prestación se encuentra garantizada por la elección de ejemplares del *genus* de cualidad media. Esto no elimina la posibilidad de que el acreedor y el deudor puedan pactar un estándar diverso, medio-alto o incluso máximo, pero debe ser el título de la obligación el que fije este aumento cualitativo.

El art. 1179 c.c. it. regula la elección de la garantía del crédito cuando el titular pretende que el deudor otorgue instrumentos que refuercen su propia posición respecto de la regla general de la responsabilidad patrimonial del deudor prevista en el art. 2740 c.c. it. Cuando el deudor se compromete a otorgar garantías, el art. 1179 c.c. it. le reconoce la libertad de elección entre aquellas reales (prenda o hipoteca) y aquellas personales (fianza, contrato autónomo de garantía) con el fin de que la garantía elegida se revele idónea para asegurar al acreedor la plena satisfacción forzada del interés propio.

El art. 1180 c.c. it. trata la figura del cumplimiento del tercero. La disposición prevé que cualquier tercero, aunque sea de manera espontánea, puede cumplir en lugar del deudor, incluso contra la voluntad del acreedor, a menos que este último tenga interés, de conformidad con los términos objetivos que se desprenden del título, en la ejecución personal por parte del deudor. La norma alude evidentemente a la figura controvertida de las obligaciones *intuitu personae*, cuyo perímetro aparece un poco ambiguo, pero entre las

¹⁰¹ Cfr. sobre todo DI MAJO, A. *Dell'adempimento in generale*, cit., *passim*.

cuales ciertamente se comprenden las obligaciones en las que el resultado debido depende de forma prevalente de las cualidades profesionales y de la experiencia del deudor, como en muchas obligaciones de *facere* intelectuales. El segundo inciso prevé la hipótesis de oposición del deudor a la intervención del tercero y atribuye a esa oposición no el efecto de impedir la prestación por parte de este último, sino el de legitimar al acreedor a rechazar la prestación. A pesar de la ubicación de la norma dentro de la disciplina del cumplimiento y no obstante que la letra de la ley adopte la fórmula “cumplimiento del tercero”, es preferible ofrecer de la figura mencionada una calificación dogmática diversa y más coherente, que identifique en el llamado cumplimiento del tercero no una vicisitud relativa a la actuación de la obligación adscribible sustancialmente al cumplimiento, bajo la forma de una de sus variantes, sino a una figura en la que se produce una escisión entre la deuda y el crédito, en la medida en que el segundo se produce sin la respectiva realización del primero¹⁰². Sobre este punto no es posible detenerse, pero en la segunda parte de esta contribución se tendrá manera de volver sobre el tema en forma más amplia. Ahora, la satisfacción del crédito en ausencia de la realización de la deuda implica una ruptura del nexo de correlación necesaria entre las dos situaciones subjetivas y esto conduce a la extinción de la obligación, a menos que el acreedor, de manera expresa y simultánea al pago, decida subrogar al tercero en su propio derecho (art. 1201 c.c. it). En tal caso, el interés originario del acreedor, que ya ha sido satisfecho, es sustituido por el interés del tercero consistente en recuperar del deudor la prestación ejecutada, es decir, por un interés de contenido idéntico a aquel del acreedor, y esa sustitución implica la subsistencia del derecho de crédito y, como consecuencia, de la obligación en su totalidad. En cambio, en ausencia de subrogación, el deudor es liberado y el tercero que quiera recuperar la prestación, o por lo menos una parte de ella, no tiene otro instrumento que la acción general de enriquecimiento sin justa causa (arts. 2041 ss. c.c.).

El art. 1181 c.c. it. establece la regla sobre la legitimidad para objetar el cumplimiento parcial no autorizado por el acreedor o por la ley. La norma dispone que, aunque la prestación sea divisible, el acreedor no está obligado a aceptar un acto de cumplimiento que se refiera a una sola parte de la prestación. En efecto, el cumplimiento parcial —vale la pena reiterarlo, a menos que esté

102 He sostenido esta tesis en PIRAINO, F. “L’adempimento del terzo e l’oggetto dell’obbligazione”, *Rivista di diritto civile*, 2011, II, p. 305 ss.

autorizado por el acreedor, por la ley o por los usos negociales— representa una forma de cumplimiento inexacto y por lo tanto susceptible de ser rechazado. Sin embargo, en caso de que el acreedor decida aceptar el cumplimiento parcial, este acreedor debe tener cuidado de especificar que la prestación parcial no es recibida a título plenamente satisfactorio, reservándose la posibilidad de exigir al deudor el resto de la prestación.

Las disposiciones sucesivas se refieren a las coordenadas de lugar y de tiempo de la prestación y ofrecen una disciplina de carácter supletorio, destinada a aplicarse en caso de que acreedor y deudor no hayan provisto reglas sobre tales modalidades. El art. 1182 prevé que, si el lugar de la prestación no está especificado en el título de la obligación o no se desprende de los usos negociales o de la naturaleza de la prestación, son aplicables las siguientes prescripciones espaciales: a) la prestación de dar un bien de especie debe cumplirse en el lugar en el cual se encuentra la cosa en el momento en el que surge la obligación; b) si la obligación es “portable”, o sea consta de dinero o títulos de crédito, la prestación es cumplida en el domicilio del acreedor al tiempo del vencimiento de la obligación, salvo que ese domicilio haya variado y esto haga más oneroso para el deudor el cumplimiento, porque en dicho caso el deudor puede manifestarle al acreedor su interés en efectuar la prestación en el domicilio propio; por último, c) en todas las otras situaciones obligatorias, la prestación debe ejecutarse en el domicilio que el deudor tiene en el momento del vencimiento de la obligación¹⁰³.

A las coordenadas temporales se dedican los arts. 1183–1187 c.c. it.¹⁰⁴. También en este caso la disciplina del código reviste una naturaleza supletoria y el instrumento para introducir la dimensión temporal en la obligación está representado por el término, que consiste en un momento sucesivo al nacimiento de la obligación a partir del cual la prestación debe ejecutarse. El art. 1183 c.c. it. establece que, si los sujetos de la relación no han previsto un término, la prestación es exigible inmediatamente por el acreedor y, respectivamente, ejecutable por parte del deudor, dando continuidad a la regla que se remonta al derecho romano y fijada por Pomponio: *in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur*¹⁰⁵. No obstante, en algunas

103 Ampliamente, DI MAJO, A. *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 128 ss.; BIANCA, C. M. *Diritto civile*. 4. *L'obbligazione*, cit., p. 238 ss.

104 *Cfr. ibidem*, p. 210 ss.

105 D. 50.17.14.

obligaciones, a pesar de no adoptarse un término, un hiato temporal entre el surgimiento del vínculo y el momento a partir del cual puede ser realizado es impuesto por los usos o por la naturaleza de la prestación, cuya complejidad, también ligada a la necesidad de hallar los instrumentos o el personal para ejecutarla, hace imprescindible un espacio temporal para estar en condición de cumplir. Dicho espacio también podría resultar necesario no tanto como consecuencia del objeto de la obligación, de por sí realizable inmediatamente, sino sobre todo por las modalidades elegidas para el cumplimiento, aunque sea solo con relación al lugar en que se debe cumplir. En esos casos, la necesidad de individuar un término impone tanto al acreedor como al deudor llegar a un acuerdo y, a falta del mismo, este deberá ser provisto por el juez.

El título también puede confiar la fijación del término de cumplimiento al acreedor y esto es signo de que este último se reserva ese poder en interés propio, lo que es plausible dado que la obligación está dirigida a satisfacer los intereses del acreedor, siempre que ese poder sea ejercido respetando el límite de la buena fe objetiva de acuerdo con su función valorativa, gracias a la cual es posible reaccionar ante eventuales abusos por parte del acreedor. Por otra parte, el deudor tiene la facultad de interpelar al acreedor para inducirlo a fijar el término y, en caso de que no lo haga, puede dirigirse al juez para obtener la individuación de dicho término. Luego la norma prevé que “si el término para el cumplimiento es sometido a la voluntad del deudor, corresponde igualmente al juez establecerlo de acuerdo con las circunstancias”. Esta disposición parecería tener que ser entendida en el sentido de que el poder de fijar el término no puede ser reservado al deudor en la medida en que este último podría mostrarse desinteresado y dilatar de manera desmedida la duración de la obligación retardando el cumplimiento. Sin embargo, una lectura menos drástica considera que no hay razones suficientes para privar al deudor, en principio, de la facultad de fijar el momento del cumplimiento, siempre que esa facultad esté limitada en forma adecuada mediante la referencia a criterios específicos de actuación de la prestación o a otros elementos objetivos externos a la propia prestación (por ejemplo la expedición de un certificado de verificación de la obra por parte de la administración pública deudora de la retribución)¹⁰⁶.

Los arts. 1184 y 1185 c.c. it. disciplinan la naturaleza del término y los consiguientes efectos mientras esté pendiente. Si el título prevé una coordenada temporal, esta debe ser considerada en interés del deudor, lo que determina

106 BIANCA, C. M. *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 225.

la inexigibilidad de la prestación durante su suspensión, pero, en caso de que cumpla *ante tempus*, el deudor no puede repetir aquello que ha ejecutado, ni siquiera en la hipótesis en la cual ignorara la existencia del término, aunque en este último caso puede obtener una suma menor que es la que resulta de la diferencia entre el enriquecimiento obtenido por el acreedor como consecuencia del cumplimiento anticipado y la pérdida sufrida por él, en virtud de la aplicación del art. 2041 c.c. it. Sin embargo, en virtud del principio de la autonomía privada, el término puede ser previsto en interés exclusivo del acreedor y entonces la prestación puede ser exigible antes del vencimiento. Asimismo es posible que el término haya sido fijado atendiendo el interés de los dos sujetos de la relación obligatoria. La duración del término se computa sobre la base de las normas, dispositivas, previstas en el art. 2963 c.c. it: a) la adopción del calendario común; b) *dies a quo non computatur in termino, dies ad quem computatur*, de modo que el día en el curso del cual cae el momento inicial del término, no debe ser computado, mientras que el término se cumple solamente cuando expira el último instante del día final; c) prórroga del día final al día siguiente no festivo si el término vence en un día festivo; d) el término calculado en meses se cumple en el mes de vencimiento y en el día de este correspondiente al día del mes inicial y, si en el mes de vencimiento tal día llegara a faltar, el término se cumple en el último día de tal mes.

Por último, el art. 1186 c.c. it. prevé una medida contra los riesgos relacionados con la insolvencia del deudor¹⁰⁷. Cuando el término se ha fijado en interés del deudor, la suspensión de la obligación representa una ventaja para él, pues puede organizarse en vista de la prestación. Tal beneficio se pierde para el deudor si durante la vigencia del término, sus condiciones patrimoniales se deterioran hasta el punto de volverse insolvente o inducirlo a reducir las garantías suministradas o a no proveer aquellas garantías prometidas. La insolvencia tiene lugar cuanto el deudor ya no está en grado de cumplir de manera oportuna o con medios normales de pago sus obligaciones y, por lo tanto, no es una categoría de la particular relación obligatoria sino del endeudamiento global del deudor, referido por lo tanto al área de la responsabilidad patrimonial y presentándose como un indicio inequívoco de una crisis irreversible, debida al desequilibrio persistente entre las obligaciones asumidas y

107 Sobre el punto *cfr.* últimamente ADDIS, F. *Il “mutamento” nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milán, Giuffrè, 2013, p. 80 ss., en especial en la perspectiva de la comparación entre el art. 1186 c.c. y la excepción dilatoria ligada a la modificación de las condiciones prevista en el art. 1461 c.c.

el patrimonio prontamente liquidable. También la reducción de las garantías o la falta de su entrega vulnerando de esta manera la obligación de proveerlas, representan síntomas de una crisis económico-financiera del deudor que ya es crónica. En consecuencia, el art. 1186 c.c. it. establece ante tal situación una medida cautelar¹⁰⁸ consistente en la inmediata exigibilidad de la prestación, a pesar de haber sido previsto un término a favor del deudor, que por lo tanto se vuelve ineficaz, de manera que permita al acreedor quirografario hacer valer inmediatamente sus créditos antes de que el patrimonio se vuelva insuficiente, procurándose un título ejecutivo con el cual satisfacer sus intereses de manera forzada sobre el patrimonio del deudor a su debido tiempo, teniendo en cuenta la aplicación de la regla *prior in tempore potior in iure*¹⁰⁹.

6. LOS DESTINATARIOS DEL CUMPLIMIENTO

Para que se tenga cumplimiento también es necesaria la exactitud subjetiva de la prestación, además de aquella objetiva. En otros términos, el cumplimiento presupone que la prestación esté dirigida correctamente a la persona que corresponde y, por lo tanto, si no constituye cumplimiento la prestación objetivamente exacta, pero efectuada por un sujeto diverso del deudor, tampoco se puede hablar de cumplimiento cuando la prestación objetivamente exacta es efectuada por el deudor a un sujeto que no está legitimado para ello. Los destinatarios de la prestación de acuerdo con el art. 1188 c.c. it. son el acreedor, su representante (legal o voluntario), el denominado diputado para el pago, o sea el sujeto que, aunque no goza de poderes de representación, ha sido designado por el acreedor como legitimado para recibir la prestación, y, por último, la persona autorizada por la ley o por el juez para ello¹¹⁰.

El segundo inciso del art. 1188 c.c. it. establece un saneamiento de la eficacia liberatoria de la prestación inexacta en términos subjetivos. En efecto, si la prestación ha sido puesta en manos de un sujeto que no estaba legitimado, el deudor se libera y la obligación se extingue, si el acreedor ratifica la prestación o toma provecho de la misma. Se suele sostener que la ratificación y el aprovechamiento determinan una *legitimatio superveniens*¹¹¹, pero el dispositivo

108 Así, DI MAJO, A. *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 223.

109 *Ibidem*, 222 ss.

110 BIANCA, C. M. *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 274 ss.; DI MAJO, A. *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 233 ss.

111 DI MAJO, A. *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 267.

técnico de dicho efecto no es el mismo. Con el aprovechamiento, el legislador hace prevalecer el efecto útil, de manera que la apropiación de la prestación por parte del acreedor y el consiguiente incremento económico, a pesar de la errada ejecución en manos de un sujeto que no estaba legitimado, hacen liberatoria una prestación que, en términos estrictamente formales, no lo sería. En cambio, la ratificación *ex art. 1188 c.c. it.* constituye un acto unilateral, no recepticio y susceptible de manifestación por conducta concluyente, destinada a conferir efectos a un acto (la prestación) que, por sí mismo, no es idóneo para producirlos y, en el caso examinado, se dirige a reconocer la atribución de la prestación al acreedor, a pesar de la equivocada individuación del destinatario de la actividad liberatoria. De acuerdo con una opinión destacada, la ratificación funciona en caso de disenso entre *solvens* y *accipiens* sobre la función de la prestación (el primero pretende extinguir una deuda propia respecto de un sujeto diverso, mientras que el segundo considera que su crédito ha sido satisfecho por parte del *solvens*) y se dirige a sustraer la prestación inexacta, desde el punto de vista subjetivo, del ámbito del pago de lo no debido, haciendo prevalecer el intento de liberación por parte del deudor-*solvens*, es decir, el intento de referir el pago a su deuda existente a pesar de la errada individuación del destinatario¹¹². El presupuesto dogmático de esta tesis debe buscarse en la convicción de que la obligación no debe ser definida e individuada sobre la base de sus términos subjetivos (deudor y acreedor), de manera que también, una prestación dirigida a un destinatario no legitimado, pueda entenderse referida a una deuda existente. Esta orientación encuentra su sustento en las figuras del pago al acreedor aparente (art. 1189 c.c. it) y del pago de lo no debido subjetivo (art. 2036 c.c. it)¹¹³. Sin embargo, a esa tesis se le puede objetar que el ámbito de aplicación de la ratificación *ex art. 1188, inciso 2, c.c. it.* está individuado más que todo en las prestaciones ejecutadas a un sujeto que no está legitimado cuando, sin embargo, no está en discusión que se refiere a esa obligación, lo que se desprende de elementos objetivos como el título, el contenido o el valor del crédito; mientras que las situaciones de incerteza objetiva, caracterizadas por el disenso entre *solvens* y *accipiens*, se encuentran referidas al pago de lo no debido objetivo *ex latere accipientis*¹¹⁴.

112 SCHLESINGER, P. “La ratifica del pagamento effettuato al non creditore”, *Rivista di diritto civile*, 1959, 1, p. 36 ss.

113 *Ibidem*, p. 37.

114 DI MAJO, A. *Dell'adempimento in generale*, cit., pp. 269-270. No considera abordar tales

Por el contrario, el pago al acreedor aparente, previsto en el art. 1189 c.c. it., se aleja del ámbito del cumplimiento en sentido propio, y no participa de la misma *ratio* recuperadora de la eficacia liberatoria del pago erróneamente efectuado dispuesto en el art. 1188, inciso 2, c.c. it., sino que proyecta una figura extintiva de la obligación diversa del cumplimiento. El art. 1189 c.c. it. esboza una figura de formación compleja en la cual la prestación exacta objetivamente efectuada por el deudor de buena fe en manos de quien aparece legitimado para recibir, sobre la base de circunstancias unívocas, determina la realización de la deuda disociada de la realización del derecho de crédito. Aquí se asiste a una escisión entre deuda y crédito, igual pero opuesta, respecto de aquella que se produce por el cumplimiento de un tercero. La realización de la deuda sin la respectiva realización del derecho de crédito no puede de ninguna manera constituir una variante del cumplimiento, el cual presupone que la actuación de la deuda determine la actuación del derecho de crédito. La ruptura del nexo de correlación necesaria entre deuda y crédito determina la extinción de la obligación, a la que le sigue, para tutelar al acreedor, el surgimiento a favor de este último de un nuevo derecho de crédito, de contenido idéntico al precedente, respecto del acreedor aparente. A este derecho el art. 1189, inciso 2, c.c. it. le asigna la forma jurídica de la *condictio indebiti* y la liberación que allí se produce se aparta de las características generales de la repetición de lo no debido que la describen como una acción personal del *solvens* en contra del *accipiens*¹¹⁵.

Los arts. 1190 y 1191 c.c. it. se refieren al tema de la capacidad, legal y natural, tanto del acreedor como del deudor para efectos del cumplimiento. La primera de las dos disposiciones consagra la situación del pago al acreedor incapaz, excluyendo la eficacia liberatoria de dicho pago a menos que el deudor demuestre que la prestación ha procurado una ventaja al incapaz, por lo que aquí también se hace prevalecer el efecto útil sobre el dato formal. Por su parte, el art. 1191 c.c. it. regula en cambio la hipótesis opuesta de incapacidad, tanto legal como natural¹¹⁶, del deudor, excluyendo por tal razón la posibilidad de

aspectos VENUTI, M. C. *I soggetti del pagamento, Artt. 1188-1192. Il Codice Civile. Commentario*, fundado por Schlesinger, P., Milán, Giuffrè, 2018, p. 91 ss.

115 He sostenido la tesis sintetizada *supra* en el texto PIRAINO, F. “Il pagamento al creditore apparente nella prospettiva di un diritto europeo dell’obbligazione”, *Europa e diritto privato*, 2009, p. 265 ss.

116 En el sentido de extender la aplicación del art. 1191 c.c., más allá de la incapacidad legal, para comprender también aquella natural v. GIORGIANNI, M. “Pagamento (dir. civ.)”, en *Novissimo Digesto italiano*, XII, Turín, UTET, 1965, p. 323; RESCIGNO, P. *Incapacità naturale e adempimento*, cit., p. 125; NICOLÒ, R. *Adempimento*, cit., p. 559; CANNATA, C.

impugnar el cumplimiento y decretando, por lo tanto, la no repetibilidad de la prestación.

Estos arts. 1190 y 1191 c.c. it. han revestido un rol central en el debate sobre la naturaleza del cumplimiento y han sido invocados para sostener la naturaleza, no negocial, del acto debido. La línea de pensamiento más acreditada ha seguido el camino abierto por Michele Giorgianni¹¹⁷ y reconocida en la doctrina, de una manera poco afortunada, como tesis ecléctica¹¹⁸, mientras que sería más oportuno definirla como tesis estructural o de la naturaleza no unitaria del cumplimiento¹¹⁹.

Dentro de esta corriente de pensamiento se ubica la tesis de Carlo Castronovo quien, a pesar de convenir con la calificación del cumplimiento como acto debido, destaca la necesidad de no atribuirle una naturaleza unitaria: el cumplimiento “es definido correctamente como acto debido, figura en la cual la connotación ‘debido’ es más significativa que ‘acto’ y sirve para indicar que la actividad liberatoria se califica en la medida en que se refiere a una deuda a la que se le da ejecución, más que sobre el terreno de su propia naturaleza jurídica. El cumplimiento será entonces acto en sentido propio o negocio, según que así lo exija la obligación que debe cumplirse”¹²⁰.

De ahí que las normas sobre la capacidad del deudor y del acreedor que recibe no constituyan indicios normativos de la comprensión del cumplimiento por parte del código civil como un acto debido, sino que esbozan más que todo, un particular régimen de la eficacia liberatoria de la prestación exacta. Por lo tanto, es infundada la tesis que somete el art. 1191 c.c. it. a una interpretación

A. *L'adempimento delle obbligazioni*, cit., p. 97; DI MAJO, A. *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 295; DAMIANI, E. “sub art. 1191 – Pagamento eseguito da un incapace”, en Cuffaro, V. (coord.), *Commentario del codice civile*, dirigido por Gabrielli, E., *Delle obbligazioni*, artt. 1173-1217, Turín, UTET, 2012, p. 494.

117 GIORGIANNI, M. “Pagamento (dir. civ.)”, cit., p. 330.

118 BIANCA, M. C. *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 267; DI MAJO, A. *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 379; DAMIANI, E. “Sub art. 1191 – Pagamento eseguito da un incapace”, cit., p. 498.

119 Dentro de quienes se adscriben a la tesis de la no unitariedad del cumplimiento se encuentran SCHLESINGER, P. *Il pagamento al terzo*, cit., p. 26; NATOLI, U. “Adempimento, atto dovuto, negozio giuridico”, en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, Milán, Giuffrè, 1978, p. 1533 ss.; CASTRONOVO, C. “sub art. 1176”, cit., p. 19 ss.; BESSONE, M. y D'ANGELO, A. *Adempimento*, cit., pp. 2-3; y en la literatura colombiana HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., p. 563.

120 CASTRONOVO, C., “sub art. 1176”, cit., 19.

restrictiva, circunscribiendo su ámbito de aplicación solamente a las figuras de cumplimiento que consistan en actividades materiales y excluyendo los cumplimientos que implican la conclusión de negocios¹²¹. El art. 1191 c.c. it., como todas las otras normas sobre el cumplimiento, se aplica de manera indiferente a cualquier prestación exacta que se deba, independientemente de la forma jurídica que ella tenga¹²². Precisamente en virtud de su alcance general, la disciplina del cumplimiento deja sin efecto las reglas sobre la validez y sobre la eficacia aplicables a los actos jurídicos específicos que son objeto de la actividad liberatoria, pero solo en la medida en que ese estado de incapacidad sea irrelevante y de acuerdo con las normas que tienden a salvaguardar la integridad del propósito negocial¹²³, dado que su aplicación sería contradictoria respecto de la elección normativa de privar a la autodeterminación del deudor de toda significación. Por el contrario, todos los demás requisitos de validez y de eficacia del acto negocial objeto de cumplimiento no se ven menoscabados de conformidad con el criterio de especialidad, por lo que se aplicarán todas las demás disposiciones que rigen el acto específico en el que se produce el cumplimiento. Así, para ejemplificar, el contrato definitivo que meramente reproduce el contrato preliminar¹²⁴ es válido aunque una de las

121 A favor de la interpretación restrictiva del art. 1191 c.c. *cfr.* NICOLÒ, R. “*Adempimento*”, cit., p. 559; BIANCA. *Diritto civile*. 4. *L’obbligazione* cit., pp. 277-278; CASTRONOVO, C., “sub art. 1176”, cit., pp. 19-20; DAMIANI, E., sub art. 1191 – *Pagamento eseguito da un incapace*, cit., pp. 499 ss.; DI MAJO, A. *Dell’adempimento in generale*, cit., p. 295 ss., quien considera que el art. 1191 c.c. se aplica a pagos pecuniarios, a la entrega de cosas y al *facere* material, mientras que no se aplica cuando estén vinculados al cumplimiento efectos traslativos.

122 En tal sentido, *cfr.* RESCIGNO, P., *Incapacità naturale e adempimento*, cit., pp. 117 ss.; MONTESANO, L. *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Nápoles, Jovene, 1953, pp. 35 ss.; CANNATA, C. A. *L’adempimento delle obbligazioni*, cit., pp. 87 ss.; ALBANESE, A. *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, cit., p. 47 ss.

123 Así, GIORGIANNI, M. “*Pagamento (dir. civ.)*”, cit., p. 324; CANNATA, C. A. *L’adempimento delle obbligazioni*, cit., pp. 88 ss.; ALBANESE, A. *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, cit., pp. 46-47.

124 Dado que la regla del art. 1191 c.c. it. presupone que la prestación ejecutada coincida en su totalidad con aquella programada, en la medida en que esta es la figura general del cumplimiento, la regla sobre la intrascendencia de la incapacidad del deudor no se aplica cuando, como no pocas veces sucede, el contrato definitivo resulta en parte modificativo del contenido del contrato preliminar. La razón reside en el hecho de que el definitivo podrá considerarse un mero acto de cumplimiento solamente en la medida en que tenga correspondencia con el preliminar, mientras que cuando las partes se separan de este último están realizando actos de manifestación genuina de la autonomía privada y, como tales, exigen la capacidad de actuar de los autores.

dos partes sea incapaz legal o natural¹²⁵; mientras que será inválido si padece algún defecto de forma (art. 1351 c.c. it) o tiende a eludir la aplicación de una norma imperativa (art. 1344 c.c. it).

7. EL PAGO Y LA IMPUTACIÓN

El último segmento de la disciplina del cumplimiento comprende el pago efectuado con cosas ajenas, la imputación del pago y el finiquito¹²⁶. El art. 1192 c.c. it. establece que, si el deudor efectúa la prestación con bienes que no le pertenecen, no puede pretender la restitución de las cosas utilizadas, a menos que paralelamente ofrezca efectuar la prestación con cosas que le pertenecen. La norma no le da relevancia a la ajenidad de las cosas entregadas al acreedor sobre el plano del cumplimiento, para no retardar la satisfacción del acreedor, a menos que la sustitución sea, precisamente, inmediata o a menos que el acreedor de buena fe quiera impugnar el pago, exigiendo el resarcimiento del daño (art. 1192, inc. 2, c.c. it.). El empleo de bienes ajenos no incide sobre la eficacia liberatoria de la prestación, pero expone al deudor a responder ante el titular de las cosas utilizadas.

El art. 1193 c.c. it. establece algunas reglas supletorias que rigen la imputación del pago en presencia de una pluralidad de deudas de la misma especie (en su mayoría pecuniarias) respecto del mismo acreedor, ante la ausencia de una declaración explícita del deudor en el momento del cumplimiento, que lo aplique a una de las obligaciones existentes entre ellos. La declaración de imputación debe documentarse en el finiquito, que, *ex art.* 1199 c.c. it., el deudor tiene derecho a obtener del acreedor como medio de prueba del pago realizado¹²⁷. Sin embargo, si el deudor no efectúa la elección de la obligación que desea extinguir entre las varias obligaciones que lo vinculan al acreedor y acepta un finiquito en el que este último declara considerar el pago imputado a una de esas, tal elección vincula al deudor, a menos que haya habido dolo o sorpresa por parte del acreedor (art. 1195 c.c. it.).

A falta de declaración de imputación por parte del deudor, el art. 1193, inciso 2, c.c. it. prevé los siguientes criterios legales supletorios: a) el pago debe

125 Así también RESCIGNO, P. *Incapacità naturale e adempimento*, cit., pp. 117-121.

126 Sobre el punto *cfr.* DI MAJO, A. *Dell'adempimento in generale*, cit., pp. 300 ss.; BIANCA, C. M. *Diritto civile*. 4. *L'obbligazione* cit., 334 ss.; BRECCIA, U. *Le obbligazioni*, cit., pp. 563 ss.

127 Sobre el finiquito v. BIANCA, C. M. *Diritto civile*. 4. *L'obbligazione* cit., pp. 319 ss.

imputarse a la obligación que ya venció; b) entre varias obligaciones vencidas, a aquella menos garantizada; c) entre varias obligaciones igualmente garantizadas, a aquella más onerosa; d) entre obligaciones igualmente onerosas, a aquella que se desprende del título más antiguo; e) si ninguno de los criterios precedentes ayuda a solucionar la cuestión, entonces la imputación se produce de manera proporcional sobre todas las obligaciones.

Un problema específico de imputación concierne a la relación entre capital e intereses en las obligaciones pecuniarias. El art. 1194 c.c. it. le impide al deudor que cumple, imputar el pago al capital en vez de hacerlo a los intereses, a menos que el acreedor esté de acuerdo. La regla se justifica a la luz de la naturaleza retributiva de los intereses —o, queriendo utilizar la terminología del código civil, de frutos civiles (art. 820, inciso 3, c.c. it.)— y esto implica que, si no se provee primero a extinguir la obligación accesoria que constituye la contraprestación por haber puesto a disposición del deudor una suma de dinero, no es posible extinguir en todo o en parte la prestación principal de restitución de tal suma, la cual constituye la base para calcular los intereses futuros. La reducción de la rentabilidad futura de un crédito pecuniario presupone, salvo determinación diversa por parte del acreedor, la plena satisfacción de la rentabilidad pasada, es decir, de los intereses vencidos.

8. LA DATIO IN SOLUTUM

Dentro del ámbito de la disciplina del cumplimiento también se encuentra comprendida la figura de la *datio in solutum*¹²⁸, aunque deba excluirse que esta

128 Sobre la prestación en lugar del cumplimiento *cfr.* ALLARA, M. “La prestazione in luogo dell’adempimento (datio in solutum)”, cit., pp. 29 ss.; RODOTÀ, S. “Dazione in pagamento (diritto civile)”, en *Enciclopedia del diritto*, XI, Milán, Giuffrè, 1962, pp. 734 ss.; ZACCARIA, A. *La prestazione in luogo dell’adempimento tra novazione e negozio estintivo del rapporto*, Milán, Giuffrè, 1987; DI MAJO, A. *Dell’adempimento in generale*, cit., pp. 337 ss.; BIANCA, C. M. *Diritto civile*. 4. *L’obbligazione*, cit., pp. 431 ss.; SICCHIERO, G. “La prestazione in luogo dell’adempimento”, *Contratto e impresa*, 2002, pp. 1380 ss. Recientemente, *cfr.* BILOTTI, E. “La prestazione in luogo dell’adempimento”, en Garofalo, L. y Talamanca, M. (dirs.), *Trattato delle obbligazioni*, II, *I modi di estinzione*, dirigido por Burdese, A. y Moscati, E., Padua, Cedam, 2008, pp. 31 ss. GAMBINO, F. *Le obbligazioni*. I. *Il rapporto obbligatorio*, cit., pp. 298 ss.; BARBA, V., “sub art. 1197- Prestazione in luogo dell’adempimento”, en Cuffaro, V., (coord.), *Commentario del codice civile dirigido por Gabrielli, E. Delle obbligazioni*, artt. 1173-1217, Turín, UTET, 2012, pp. 543 ss. y CAMILLERI, E. *Imputazione di pagamento. Datio in solutum. Quietenza*, Artt. 1193-1200, *Il Codice Civile. Commentario*, fundado por Schlesinger, P., Milán, Giuffrè, 2017, p. 73 ss.

última constituya de alguna manera un cumplimiento, dado que el objeto de la obligación permanece —por lo menos de acuerdo con la opinión que parece preferible— inalterado¹²⁹, pero el vínculo se extingue en virtud de un factor externo a la obligación, cual es el acuerdo extintivo entre deudor y acreedor. En efecto, el art. 1197 c.c. it. establece que el deudor no se puede liberar de la obligación efectuando una prestación diversa, aunque sea por un importe igual o incluso mayor respecto de la prestación debida, ya que la *datio in solutum* no configura un cumplimiento ni siquiera cuando se presente económicamente equivalente o más ventajosa. Sin embargo, la norma le reconoce a esa prestación una eficacia liberatoria cuando goza del consentimiento del acreedor, de ahí las fuertes disputas doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de tal convención: si se trata de un negocio extintivo, dirigido a conferir a la prestación diversa el carácter de equivalente de la prestación con efecto liberatorio¹³⁰, o novatorio del vínculo obligatorio, idóneo para transformarlo en una obligación facultativa¹³¹. Más allá de tales disputas dogmáticas¹³², el art. 1197 c.c. it. no vincula el efecto extintivo al acuerdo, sino a la efectiva ejecución de la prestación diversa, de lo que se desprende la convicción sobre la naturaleza real del acuerdo entre deudor y acreedor. Sin embargo, si la *datio in solutum* consiste en la cesión de un crédito del deudor respecto de un tercero, el momento extintivo es aplazado por el art. 1198 c.c. it. al momento del cobro de dicho crédito en vez de al momento de la transferencia del derecho, obviamente salvo acuerdo contrario entre las partes. En otros términos, la cesión de crédito *in solutum* ha sido estructurada por la ley provista de la garantía *pro solvendo*, sin la necesidad de introducir

129 Así, perentoriamente, BIANCA, C. M. *Diritto civile*. 4. *L'obbligazione*, cit., p. 437.

130 ALLARA, M. *La prestazione in luogo dell'adempimento (datio in solutum)*, cit., p. 29 ss.; DI MAJO, A. *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 347; BIANCA, C. M. *Diritto civile*. 4. *L'obbligazione*, cit., 438; GAMBINO, F. *Le obbligazioni*. 1. *Il rapporto obbligatorio*, cit., pp. 301-302.

131 ZACCARIA, A. *La prestazione in luogo dell'adempimento tra novazione e negozio estintivo del rapporto*, cit., pp. 98 ss.; PERLINGIERI, P. *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, *Commentario del codice civile*, a cargo de Scialoja, A. y Branca, G., Bologna y Roma, Zanichelli e Il Foro Italiano, 1975, 90 ss.

132 GAMBINO, F. *Le obbligazioni*. 1. *Il rapporto obbligatorio*, cit., 302, propende a la calificación de la *datio in solutum* no como una vicisitud de la relación, sino como dispositivo de atribución de valor de *fattispecie* a un hecho (la prestación diversa) por sí misma desprovista de tal valor. Agrega G. que “el valor de situación extintiva es aquello que la norma (art. 1197, 1.º inc., segunda parte, c.c. it.) atribuye al acuerdo entre deudor y acreedor. ‘Fattispecie’ —es este el punto fundamental— no es solamente aquella que da lugar a la alteración de la relación, sino también aquella que atribuye una calificación a hechos que no lo tienen” (*ibidem*, 302).

en el acuerdo de cesión y de *datio in solutum* la cláusula “salvo buen fin”. Sin embargo, el art. 1198, inciso 2, c.c. it. prevé que a tal garantía *pro solvendo* se aplique la caducidad de la garantía convencional consagrada por el art. 1267, inciso 2, c.c. it. En términos más generales, el empleo del término genérico de “prestación” induce a la doctrina a considerar que, a pesar del origen histórico en el campo de las obligaciones de *dare*, la *datio in solutum* también puede aplicarse a aquellas de *facere* y de *non facere*¹³³. Por último, bajo la óptica de la calificación como negocio liberatorio, se considera que la *datio in solutum* no puede revestir eficacia obligatoria, sino inmediatamente extintiva¹³⁴.

Si en el caso de una prestación subjetivamente inexacta el código civil considera suficiente el acto unilateral de ratificación por parte del acreedor para recuperar el efecto liberatorio de la conducta del deudor, en el caso de una prestación que a todas luces ese inexacta, porque incluso se trata de otra distinta respecto del objeto de la obligación, se hace necesario incluso un acuerdo explícito entre deudor y acreedor¹³⁵, ya que la producción del efecto liberatorio no encuentra en el dato material un elemento suficiente para que una determinación unilateral del acreedor también sea adecuada en este caso.

SEGUNDA PARTE

9. LA NOCIÓN DE CUMPLIMIENTO Y LA CUESTIÓN DEL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN

La comprensión puntual de la noción de cumplimiento exige partir de la individuación del objeto de la obligación, ya que el primero consiste en el desarrollo puntual del segundo, cuyo efecto legal está representado por la extinción del vínculo obligatorio¹³⁶. En otros términos, el cumplimiento es la causa fisiológica

¹³³ GAMBINO, F. *Le obbligazioni*. 1. *Il rapporto obbligatorio*, cit., 298; BARBA, V., “sub art. 1197–Prestazione in luogo dell’adempimento”, cit., 546.

¹³⁴ RODOTÀ, S. *Dazione in pagamento (diritto civile)*, 737; *contra*, BIANCA, C. M. *Diritto civile*. 4. *L’obbligazione*, cit., pp. 438–439.

¹³⁵ GAMBINO, F. *Le obbligazioni*. 1. *Il rapporto obbligatorio*, cit., 302, subraya que “se muestra, en este *poter fare la qualità giuridica* de los hechos, la energía constructiva de la autonomía privada; que se desenvuelve en un ámbito distinto de aquel de las vicisitudes de la relación”.

¹³⁶ Para un estudio más amplio sobre los problemas dogmáticos planteados por la disciplina del cumplimiento, *cfr.* PIRAINO, F. *El cumplimiento de la obligación*, cit., *passim*, en part., p. 34 ss.

de la extinción de la obligación por la ejecución de la deuda y la consiguiente realización del crédito, de donde se desprende la satisfacción del interés del acreedor previsto en la obligación. Sin embargo, no siempre la liberación del deudor coincide con la satisfacción del crédito, tal como ocurre con la figura del pago al acreedor aparente (art. 1189 c.c. it.¹³⁷, y véase art. 1634, inciso 2 c.c.it.¹³⁸) en donde la realización de la deuda y la liberación del deudor no

-
- 137 NICOLÒ, R. *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 53 ss.; BRUGI, G. "Pagamento al creditore apparente", *Rivista diritto commerciale*, 1915, II, pp. 686 ss.; ASCOLI, A. "Pagamento a terzo possessore del crédito", *Rivista diritto civile*, 1915, pp. 249 ss.; FERRI, G. "La legittimazione all'esercizio del diritto cartolare", *Banca borsa e titoli di credito*, 1935, I, pp. 176 ss.; BETTI, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, cit., 1953, 72 ss.; FALZEA, A. "Apparenza", en *Enciclopedia del diritto*, II, Milán, Giuffrè, 1958, p. 691; GIORGIANNI, M. "Creditore apparente", en *Novissimo Digesto italiano*, IV, Turín, UTET, 1957, pp. 1156 ss.; *id.*, "In tema di pagamento al creditore apparente", *Foro padano*, 1953, I, pp. 314 ss.; NATOLI, U. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 2, *Il comportamento del debitore*, cit., pp. 119 ss.; SCHLESINGER, P. "La ratifica del pagamento effettuato al non creditore", cit., pp. 46 ss.; AGHINA, G. "Il destinatario del pagamento e il pagamento al creditore apparente", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, pp. 112 ss.; BIGLIAZZI GERI, L. "Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, pp. 1314 ss.; MOSCHELLA, R. *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milán, Giuffrè, 1973, pp. 123 ss.; CECCHERINI, G. "Il principio di apparenza secondo la giurisprudenza", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, 887 ss.; DI MAJO, A. *Dell'adempimento in generale*, *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, art. 1189, Bologna y Roma, Zanichelli e Il Foro Italiano, 1994, pp. 272 ss.; COLOMBATTO, M. "Creditore apparente", en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, V, Turín, UTET, 1989, p. 36 s.; BRECCIA, U. *Le obbligazioni*, cit., p. 537; BIANCA, C. A. *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., pp. 310 ss.; CHESSA, C. *L'adempimento*, cit., 61 ss.; SPADAFORA, A. *Profili dell'atto solutorio non dovuto*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 184 ss.; NICOLUSSI, A. *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 563 ss.; CAMILLETI, F. "Il pagamento al creditore apparente", *Contratto e impresa*, 1999, pp. 676 ss.; PIRAINO, F. "Il pagamento al creditore apparente nella prospettiva di un diritto europeo dell'obbligazione", cit., pp. 265 ss.; ADRIANO, C. "Pagamento al creditore apparente", en *Trattato delle obbligazioni*, dirigido por Garofalo, L. y Talamanca, M. *La struttura e l'adempimento*, t. V, *La liberazione del debitore*, a cargo de Talamanca, M. y Maggiolo, M., Padua, Cedam, 2010, pp. 355 ss.; MOSCATI, E. *La disciplina generale delle obbligazioni*, Turín, Giappichelli, 2015, pp. 169 ss.; *id.*, *Del pagamento dell'indebito. Commentario del codice civile*, a cargo de Scialoja, A. y Branca, G., Bologna y Roma, Zanichelli, 1981, pp. 457 ss.; DAMIANI, E. "sub art. 1189 – Pagamento al creditore apparente", en Cuffaro, V. (coord.), *Commentario del codice civile*, dirigido por Gabrielli, E., *Delle obbligazioni*, artt. 1173-1217, Turín, UTET, 2012, pp. 468 ss.; VENUTI, M. C. *I soggetti del pagamento*, cit., pp. 101 ss.

- 138 El art. 1634, inciso 2, del Código Civil colombiano establece que "El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía". El tenor de la norma recuerda la disciplina anterior en Italia,

coinciden con la satisfacción del interés del acreedor; o como también sucede con la figura del cumplimiento por parte del tercero (art. 1180 c.c. it., y véase arts. 1630–1632 Código civil colombiano), en donde, por el contrario, se asiste a la satisfacción del crédito pero no a través de la actuación del deudor¹³⁹. En ambas figuras —a las que se les puede atribuir la liberación del deudor después de un depósito en consignación que sea declarado válido mediante sentencia en firme (art. 1210 c.c. it.)¹⁴⁰— se observa la escisión entre la satisfacción del

contenida en el art. 1242 c.c. it. 1865, que establecía: “El pago hecho con buena fe a quien se encuentra en posesión del crédito, es válido, aunque el poseedor haya sufrido posteriormente la evicción”. La disposición reproducía el art. 1240 del *Code civil*, que a su vez preveía que “Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé”, en línea con las enseñanzas de POTHIER, R. J. *Opere contenenti i trattati del diritto francese. Obbligazioni*, Livorno, Tipografia Vignozzi, 1835, 255, n.º 503. La disposición ha sido oportunamente modificada por la reciente *Réforme del Code civil*, realizada con l’*Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016*, y el nuevo tenor está contenido en el art. 1342-3 *Code civil*, según el cual «El pago hecho de buena fe a un acreedor aparente es válido». Sobre la reforma *cfr. ex multis*, MAZEAUD, D. “Présentation de la réforme du droit des contrats—sous Ord. n.º 2016-131, 10 févr. 2016”, en *Gazette du Palais*, 2016, 15 ss.; *id.*, “Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell’ordinamento francese”, *Riv. dir. civ.*, 2016, *passim*; CHANTEPIE, G. y LATINA, M. *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*, París, Dalloz, 2016, *passim*; DESHAYES, O., GENICONY, T. y LAITHIER, M. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, París, LexisNexis, 2016, *passim*; AA. VV. *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, editado por J. Cartwright y S. Whittaker, Portland, Oregon, 2017, *passim*.

139 He dedicado dos estudios a propósito de estas dos importantes hipótesis de escisión entre la satisfacción del acreedor y la realización de la deuda: PIRAINO, F. “Il pagamento al creditore apparente nella prospettiva di un diritto europeo dell’obbligazione”, cit., 265 ss.; *id.*, “L’adempimento del terzo e l’oggetto dell’obbligazione”, cit., pp. 305 ss.

140 PIRAINO, F. “L’adempimento del terzo e l’oggetto dell’obbligazione”, cit., p. 331. Retorné a este problema en PIRAINO, F. *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 482 ss., en part., p. 485, donde critico la tesis de CARPINO, B. *Del pagamento con surrogazione. Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cargo de Galgano, F., Bolonia y Roma, Zanichelli e Il Foro Italiano, 1988, pp. 17 ss., quien sostiene que el cumplimiento es una síntesis de prestación y juicio de exactitud. Entre otras objeciones, planteo aquella conforme a la cual: “si en realidad fuera suficiente el juicio de exactitud para determinar el cumplimiento, con la satisfacción integral del interés del acreedor, se debería considerar suficiente para liberar al deudor, en ausencia de cooperación por parte del acreedor, la mera oferta formal aceptada por el acreedor o declarada válida con sentencia en firme por la simple razón de que tal oferta es exacta; pero no es así porque —como se sabe— el art. 1210 c.c.it adscribe la liberación del deudor de cosas muebles, a la aceptación por parte del acreedor del depósito irrevocable de la prestación o a la declaración de su validez contenida en una sentencia en firme, mientras que el art. 1216 c.c.it hace descender la liberación del deudor de cosas inmuebles a la entrega

crédito y la realización de la deuda, lo que impide considerar el cumplimiento del tercero y el pago al acreedor aparente como formas de cumplimiento¹⁴¹,

del bien debido al secuestre designado por el juez. Todo esto —a diferencia de lo que opina la doctrina examinada— demuestra que la liberación del deudor se produce solamente cuando la prestación, si no en marcha, por lo menos en potencia, está a disposición del acreedor, lo que confirma la centralidad del resultado y su alteridad respecto de la conducta del deudor, impulsando la relevancia del bien debido como materialización del interés del acreedor y objeto del derecho de crédito”. A VENUTI, M. C. *I soggetti del pagamento*, cit., p. 104, nota 6, le ha parecido que esta explicación no esclarece de manera adecuada la persistencia del derecho del acreedor después de la liberación del deudor producida por el depósito que ha sido declarado válido por parte del juez de acuerdo con el art. 1210 c.c.it. Y en efecto objeta que “afirmar que la liberación del deudor como consecuencia de la *disponibilità* de la prestación, aunque solo sea en potencia, del acreedor [...] no quiere decir que el derecho del acreedor se haya realizado y extinguido simultáneamente a la liberación del deudor, así como parece descender necesariamente de la concepción de la obligación propuesta”. La objeción es incomprensible visto que en varios puntos de mi estudio destaco que la liberación del deudor prevista por el art. 1210, inciso 2, c.c.it, no representa una variante del cumplimiento, sino que constituye un procedimiento complejo de extinción de la obligación desprovisto de naturaleza *solutoria* (PIRAINO, F. *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 483, 494, 497, 504), por lo que se insinúa la sospecha de que la crítica emane de una reflexión que no ha sido madurada del todo, aunque también es posible que sea consecuencia del contexto editorial, que, a pesar de todo esfuerzo de diligencia, no induce a profundizar los problemas conceptuales. Por el contrario, CATTANEO, G. *La cooperazione de creditore all'adempimento*, Milán, Giuffrè, 1964, p. 76, discurre sobre “subrogado del cumplimiento” siguiendo a KOHLER, J. *Annahme und Annahmeverzug*, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 17, 1879, p. 261 ss., en part. 282 ss. Más difusamente, CATTANEO, G. *Della mora del creditore*, Art. 1206-1217, *Commentario del codice civile*, a cargo de Scialoja, A. y Branca, G., Bolonia y Roma, Zanichelli e Il Foro Italiano, 1973, p. 181, ha aclarado que “Naturalmente el depósito liberatorio es una figura extintiva diversa del cumplimiento, dada la diferencia manifiesta que existe entre la prestación debida, consistente hipotéticamente en entregar un bien al acreedor, y el confiar ese bien a una persona extraña a la relación. Visto desde la perspectiva del deudor, el depósito se configura por lo tanto como un acto no debido, mientras que si se observa del lado del acreedor ese acto no da lugar a la realización del derecho de crédito. Sin embargo, sobre el plano de los efectos, puede constatarse que la figura examinada tiene la misma eficacia del cumplimiento: y esto no solo en cuanto ambos producen la extinción de la relación obligatoria, sino también en la medida en que el depósito, al igual que el pago y diversamente de la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor, no hace desaparecer el eventual derecho de este último a una contraprestación”. A favor de la idea de que el depósito liberatorio tenga naturaleza de “método satisfactorio de extinción de la obligación alternativo al cumplimiento, que despliega efectos equivalentes a ese, sin dar lugar a la realización en sentido propio del derecho de crédito”, ZANCHI, G., “sub art. 1210 — Facoltà di deposito e suoi effetti liberatori”, en Cuffaro, V. (coord.), *Commentario del codice civile*, dirigido por Gabrielli, E., *Delle obbligazioni*, arts. 1173-1217, Turín, UTET, 2012, p. 847.

¹⁴¹ Recientemente esta conclusión, por lo menos en lo que concierne al pago al acreedor aparente, ha sido controvertida por VENUTI, M. C. *I soggetti del pagamento*, cit., p. 101 ss., quien objeta a mi postura respecto de que “el argumento central de la extinción de la relación obligatoria

pues para que este último tenga lugar es necesario que —usando las icásticas palabras de Gustav Hartmann¹⁴²— la prestación se agote con el resultado previsto. Las figuras del pago al acreedor aparente y del ofrecimiento real seguido por el depósito irrevocable previsto por el art. 1210 c.c. it. demuestran unas directrices muy claras del sistema sobre el hecho de que el cumplimiento no se agota con la realización de la deuda¹⁴³ y que, por lo tanto, la realización de la conducta debida no es de por sí suficiente para determinar la liberación del deudor¹⁴⁴. Por el contrario, del Código civil colombiano se desprende una orientación diversa, pues en el art. 1626 se define el cumplimiento, distinguido como *pago efectivo*, de la siguiente manera: “la prestación de lo que se debe”,

como consecuencia de la conducta ejecutiva del *solvens* —que no constituiría cumplimiento, sino hipótesis de realización del contenido de la obligación— más parece un postulado extraído de la adhesión a una cierta concepción dogmática de la obligación y no una consecuencia que se desprenda de la lectura de la norma, la cual inequívocamente dice que el deudor “es liberado”. A esta, como a cualquier otra lectura neo-exegética, se contrapone con decisión la idea de que no puede haber plena comprensión de la figura del pago al acreedor aparente o del cumplimiento del tercero, o de otros dispositivos análogos, sin pasar por el escrutinio del objeto de la obligación y por la indagación de las repercusiones que cada explicación sobre tales figuras produce para la conceptualización de este último. Por lo tanto, estos tentativos de análisis de las figuras examinadas por fuera del más amplio marco del objeto de la obligación, se revelan desprovistos de cualquier valor científico, confiados tal como son a conceptos que carecen de contenido y de fundamento, como “desalineación entre deudor y acreedor” y “recombinación a tres de la ordinaria vicisitud del cumplimiento subjetivamente regular”.

142 HARTMANN, G. *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck u. Bau*, Erlangen, Verlag von Andreas Deichert, 1875, p. 32.

143 En cambio, en sentido exactamente opuesto a cuanto se ha sostenido *supra* en el texto, se orienta NICOLÒ, R. *L'adempimento del debito altrui*, cit., p. 53 ss., en part. 58: “en el pensamiento de la ley, los dos momentos, actuación del contenido de la obligación y realización del derecho, no siempre están inescindiblemente ligados, ni conceptualmente, ni cronológicamente. Por lo tanto, se puede concluir que el cumplimiento del deudor no tiende necesariamente a procurar la realización del derecho del acreedor, o sea a la actuación de su deber de recibir, sino que solo consiste en la actuación del contenido de la obligación de la cual derivará necesariamente su extinción y normalmente la realización del derecho”. A esta posición, MENGONI, L. “L'oggetto della obbligazione”, *Jus*, 1952, 174 y nota 3, 175 y nota 1, 176, y ahora en *Scritti giuridici. II. Obbligazioni e negozio*, a cargo de Castronovo C., Albanese, A. y Nicolussi, A., Milán, Giuffrè, 2011, p. 53 ss., objeta una cierta contrariedad entre la premisa, individuada de forma correcta por N. en la diversidad de contenidos de deuda y crédito y en la identificación del objeto del segundo en el resultado debido, mas no en la actividad del deudor, y tal conclusión sobre la fisonomía del cumplimiento: “Puesto que los elementos constitutivos del cumplimiento corresponden a la materia de la obligación, decir que la realización del resultado esperado por el acreedor no es esencial para el cumplimiento, vale cuanto decir que tal resultado no es objeto de calificación jurídica”.

144 MENGONI, L. “L'oggetto della obbligazione”, cit., p. 173 ss., en part., pp. 176-177.

mientras que el art. 1627 establece que para ser tal la prestación debe resultar exacta, o sea conforme al tenor de la obligación¹⁴⁵.

En la doctrina italiana, aunque tal vez incluso en todo el panorama europeo, la diferencia de contenidos entre deuda y crédito¹⁴⁶, pero también su correlación funcional en el interior de la relación obligatoria, ha sido conceptualizada de manera muy lúcida y rigurosa por Luigi Mengoni:

El planteamiento en virtud del cual la realización de la deuda no es por sí misma razón suficiente para su extinción, descende del principio de la interdependencia funcional que vincula los dos términos de la obligación. La deuda y el derecho de crédito son expresiones simultáneas de la norma, sin que pueda decirse que el uno deriva del otro, pero están vinculados en una relación tal que el valor de la realización de uno está en función del otro. En consecuencia, el valor de la realización de la deuda, con miras a la remoción del vínculo, está en función de la realización del derecho de crédito. La obligación se consume solo si el comportamiento del deudor “se vacía” en el resultado previsto por la norma, y asignado como objeto del derecho del acreedor; de otra forma el vínculo permanece (por el momento) inconcluso, a menos que el fin no se haya vuelto definitivamente imposible. Atendiendo esta definición se puede suscribir a la afirmación conforme a la cual “el fin es el alma de la obligación” (Kress: *n.d.a.*)¹⁴⁷.

Una perspectiva diversa es ofrecida en Italia por Piero Schlesinger, quien comparte la posición de Nicolò y de Mengoni sobre la necesaria coexistencia en la obligación de una conducta instrumental y de un resultado, coincidente con la realización del interés relevante del acreedor¹⁴⁸. Sobre este presupuesto dogmático Schlesinger critica, tanto la tesis que identifica el objeto de la obligación con una mera conducta, como la tesis que atribuye la garantía a

145 Así recita el art. 1627 del Código Civil colombiano: “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes. El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”.

146 En la doctrina italiana esta conquista ha sido introducida en el estudio magistral de NICOLÒ, R. *L'adempimento del debito altrui*, cit., p. 44 ss.

147 MENGONI, L. “L'oggetto della obbligazione”, cit., p. 53 ss. El fragmento de Hugo Kress citado por L. se refiere a KRESS, H. *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, Múnich, Beck, 1929, p. 59.

148 SCHLESINGER, P. “Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1273 ss.

la obligación, porque ambas conclusiones rompen la necesaria correlación en el interior de la relación obligatoria entre conducta y resultado: la primera imaginando un vínculo solo de conducta y la segunda solo de resultado, identificado por lo demás en la atribución al titular del derecho de un subrogado pecuniario de su interés primario¹⁴⁹.

A diferencia de Nicolò y de Mengoni, el connubio de conducta instrumental y resultado debido es buscado por Schlesinger no en la dimensión unitaria de la relación obligatoria, imaginando la diversidad de contenidos de la deuda y del crédito, sino directamente en el interior de la noción de prestación, la cual abraza tanto un componente subjetivo, constituido por el desarrollo de la actividad debida, como un componente objetivo, representado por la obtención del resultado útil¹⁵⁰. Con la consecuencia de que “no es admisible hablar de cumplimiento de la obligación ni cuando la realización del resultado debido se verifique independientemente del desarrollo de la conducta debida, ni cuando el comportamiento desarrollado por el deudor no le procure al acreedor el bien perseguido por este”¹⁵¹.

Dicha conclusión puede apoyarse plenamente y, en el pasado¹⁵², se ha tratado de sacarle fruto a la enseñanza del Maestro, lo que se hará nuevamente en este momento, aunque el itinerario de búsqueda nos ha conducido –y conviene anticiparlo– a preferir la perspectiva de la diversidad de contenidos de la deuda y del derecho de crédito, pero dentro del marco unitario de la relación obligatoria¹⁵³, tratando de fundamentar esa tesis con argumentos adicionales que nos parecen definitivos¹⁵⁴.

Para poder identificar de manera puntual el cumplimiento, es necesario descender al terreno del objeto de la obligación: siendo este un amplio tema de reflexión de la relación obligatoria, en torno al cual, con cierto grado de

149 *Ibidem*, p. 1278.

150 *Ibidem*, p. 1280 ss.

151 *Ibidem*, p.1283, quien agrega: “en consecuencia es necesario restringir el concepto de prestación objetiva solo al resultado causalmente atribuible a la conducta del obligado, y extender el concepto de prestación subjetiva a la realización del resultado que constituye una consecuencia de la actividad del deudor”.

152 PIRAINO, F. “L’adempimento del terzo e l’oggetto dell’obbligazione”, cit., p. 305 ss.; *id.*, *Adempimento e responsabilità*, cit., pp. 411 ss., en part., p. 505 ss.

153 Posición esta, de la cual SCHLESINGER, P. *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, cit., p. 1274, disiente expresamente.

154 Cfr. PIRAINO, F. *El cumplimiento de la obligación*, cit., p. 42 ss.

aproximación, se pueden distinguir en el panorama europeo dos orientaciones principales, reconocidas como teorías patrimonialistas¹⁵⁵ y teorías personalistas de la relación obligatoria¹⁵⁶. Sin embargo, la nomenclatura adoptada para designar esas orientaciones contrapuestas de pensamiento es bastante inadecuada y está destinada a generar equívocos¹⁵⁷. Además es oportuno aclarar que la contraposición entre naturaleza patrimonial y naturaleza personal está relacionada con el objeto del derecho de crédito más no con el contenido de la obligación¹⁵⁸, pues ni siquiera los más acérrimos defensores de las teorías

-
- 155 BRINZ, A. “Der Begriff der ‘obligatio’”, en *Grünhut’s Zeitschrift*, I, 1874, p. II ss.; *id.*, *Lehrbuch der Pandekten*, II, t. I, Erlangen, Verlag von Andreas Deichert, 1879, pp. I ss. En Italia, aunque con diferencias, también notables, de énfasis: CARNELUTTI, F. “Appunti sulle obbligazioni”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1915, I, p. 528 ss.; NICOLÒ, R. *L’adempimento dell’obbligo altrui*, cit., p. 63; ORLANDO CASCIO, S. *Estinzione dell’obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., p. 128 ss.; MENGONI, L., “L’oggetto della obbligazione”, cit., p. 156 ss., en part. pp. 180 ss.; BETTI, E. *Teoria generale dell’obbligazione*, II, *Struttura dei rapporti d’obbligazione*, Milán, Giuffrè, 1953, p. 28 ss.; pp. 153-155; CICALA, R. *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell’obbligazione*, Nápoles, Jovene 1953, reimpr. Nápoles, ESI, 1978, p. 58 ss., p. 62 y nota 124.
- 156 POLACCO, V. *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Roma, Athenaeum, 1915, p. 184 ss. como resultado de un trayecto que ha conducido al autor a abandonar la adhesión precedente a la literatura patrimonialista de la obligación; BARASSI, L. *La teoria generale delle obbligazioni*. I. *La struttura*, Milán, Giuffrè, 1946, p. 45; CICU, F. *L’obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., p. II ss.; GIORGIANNI, M. *L’obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milán, Giuffrè, 1968, p. 213 ss., en part. 217; BIANCA, M. C. *Diritto civile*. 4. *L’obbligazione* cit., p. 38 ss.; FERRONI, L. *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Nápoles, ESI, 1983, p. 69 ss.; CARPINO, B. “Del pagamento con surrogazione”, cit., p. 9; TURCO, C. *L’adempimento del terzo, Il Codice Civile, Commentario*, dirigido por Schlesinger, P., Milán, Giuffrè, 2002, pp. 97-99 y, recientemente, ROMEO, C. *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milán, Giuffrè, 2008, p. 5. Por el contrario, constituye una verdadera tergiversación la comprensión, hecha por ROMEO, C., *ibidem*, 2, nota 2, de MENGONI, L. “L’oggetto della obbligazione”, cit., p. 171, entre los fautores de la concepción personal del objeto del derecho de crédito. Para desmentir esa comprensión baste con citar, dentro de muchas otras afirmaciones en las que Mengoni aclara que la obligación se rige sobre la relación funcional medio-fin, la siguiente: “A estos dos términos corresponde la distinción formal entre contenido de la obligación y objeto (o contenido) del correlativo derecho: el primero es la conducta debida, el segundo es la satisfacción del interés protegido, concebido como resultado para alcanzar (futuro)” (MENGONI, L. “L’oggetto della obbligazione”, cit., pp. 178-179).
- 157 Así ha sido señalado en PIRAINO, F. “L’adempimento del terzo e l’oggetto dell’obbligazione”, cit., p. 325 ss.
- 158 Sobre el punto, correctamente, DI MAJO, A. *Dell’adempimento in generale*, cit., p. 47; TURCO, C. *L’adempimento del terzo*, cit., p. 26 ss. El equívoco referido *supra* en el texto es bastante difundido: *cfr.* p. ej., BESSONE, M. y D’ANGELO, A. *Adempimento*, cit., p. 1; CORRIAS, P.

patrimonialistas se atreven a identificar este último con el bien debido o sea con el resultado previsto *in obligatione* o esperado por el acreedor, atribuyendo, en cambio, muy oportunamente, al contenido de la obligación, la idea de la conducta personal predeterminada para poner a disposición del acreedor el bien debido. La concepción patrimonialista de la obligación se puede sintetizar con las palabras de Mengoni, quien, retomando a Donello¹⁵⁹, afirma que “objeto del derecho de crédito no es el ‘factum debitoris’, sino la ‘utilitas facti’, es decir, el resultado en vista del cual se determina el comportamiento debido”¹⁶⁰.

10. LA TEORÍA PERSONAL Y LAS TEORÍAS PATRIMONIALES DE LA OBLIGACIÓN

En la contraposición entre teorías patrimoniales y teorías personales de la obligación, el término “obligación” se convierte, paradójicamente, en sinónimo de derecho de crédito, lo que es indicio de una distorsión semántica, ya que la obligación, en el lenguaje jurídico generalizado, designa la relación obligatoria en su conjunto, como relación entre una posición activa —el crédito— y una posición pasiva —la deuda—, aunque aguzando la vista sobre el lado pasivo de la relación, puesto que —con toda probabilidad— la perspectiva del deudor es la que mejor representa la naturaleza intrínseca del derecho personal, siendo a su vez el derecho de crédito el prototipo de derecho personal, si no incluso la figura que agota toda la categoría¹⁶¹. Esa naturaleza intrínseca, a la que se refiere la raíz “*obligatio*”, consiste en la instrumentalización necesaria del aporte del sujeto pasivo de la relación jurídica a la producción del interés del titular, cuyo derecho, en definitiva, se reduce a la utilidad susceptible de ser obtenida

Garanzia pura e contratti di rischio, cit., 40 ss., quien, a pesar del cuidadoso análisis, liga las teorías personales y patrimoniales de la obligación, al lado pasivo de la relación y, solo a partir de tal premisa, se comprenden las dificultades del autor para encuadrar la concepción del objeto de la obligación de Mengoni, yuxtaponiéndolo erróneamente a las teorías personales, aunque después precisa que, “sin embargo, bajo otras perspectivas, esa se separa sensiblemente de tal orientación”; FONDRIESCHI, A. “Prestazione”, en *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, agg. t. II, Turín, UTET, 2007, 967 ss. en donde, incluso, dándole un vuelco a la perspectiva correcta, la contraposición entre teorías personales y patrimoniales es referida a la prestación.

159 DONELLO, *de iure civile*, lib. 15.

160 MENGONI, L. “L’oggetto della obbligazione”, cit., pp. 180–181.

161 Sobre el punto *cfr.* PIRAINO, F. “L’adempimento del terzo e l’oggetto dell’obbligazione”, cit., p. 325.

a través de la exacta y correcta realización de la conducta instrumental para el propósito que ha sido individuado como objeto del derecho.

A pesar de tal precisión terminológica, no es posible afirmar siquiera que al distinguir entre configuración personal y configuración patrimonial el término “obligación” indique la relación obligatoria en su totalidad, porque, si así fuera, se debería llegar a la conclusión de que para los unos –los partidarios de la lectura patrimonial– el vínculo obligatorio tiene por objeto el bien debido, es decir, el resultado esperable, mientras que para los otros –los partidarios de la lectura personal– el vínculo se identifica con la prestación. Por el contrario, las teorías patrimoniales, no llegan al punto de identificar la relación obligatoria en su totalidad con el bien debido¹⁶², ya que está latente la conciencia de que el objeto de la obligación no puede ser nada distinto que la prestación del deudor y por lo tanto, de ninguna manera, puede terminar coincidiendo con el resultado, asumido como entidad que prescinde de la conducta debida, tan es así que Rosario Nicolò prevé la posibilidad de escisión entre la actuación de la obligación y la satisfacción del crédito, justamente en las hipótesis de satisfacción del interés del acreedor sin la mediación del aporte específico del deudor, cual es por antonomasia el cumplimiento del tercero¹⁶³.

A lo sumo, resulta más adecuado afirmar que la teoría personal postula la identificación de la relación obligatoria comprendida unitariamente con la prestación del deudor¹⁶⁴, descartando el bien debido; pero esto se verifica exclusivamente como consecuencia de la superposición completa del contenido de la obligación al objeto del derecho que es postulada por esta línea de pensamiento y, como consecuencia, de la falta de disposición para reconocer una diversidad de contenidos entre deuda y crédito, los cuales, por el contrario, son considerados nada más que dos caras de una misma moneda¹⁶⁵.

162 No obstante, una alusión en tal sentido parece estar presente en BARBERO, D. “Il credito nel sistema dei rapporti giuridici”, en *Studi di teoria generale del diritto*, Milán, Giuffrè, 1953, pp. 161–162.

163 NICOLÒ, R. *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 60 ss., en part., p. 68.

164 No se percatan de esto FERRONI, L. *Obblighi di fare ed eseguibilità*, cit., pp. 70–71; ROMEO, C. *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, cit., p. 2 ss.; mientras que lo esclarecido en el texto emerge de manera evidente de las páginas de GIORGIANNI, M. *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, cit., pp. 215 ss.

165 GIORGIANNI, M. *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, cit., p. 217, sobre la base de un razonamiento que se puede sintetizar en estos términos: 1) ninguno duda que el contenido de la obligación del deudor coincida con el comportamiento debido; 2) la circunstancia de que el ordenamiento se esfuerce en hacer llegar al acreedor, a través de la ejecución

Esta observación no siempre ha sido acogida en la doctrina; en efecto, recientemente, no ha faltado quien considere que existe un vínculo de causa a efecto entre las teorías patrimonialistas y la distinción entre *Schuld* y *Haftung*¹⁶⁶, sin percatarse de que en la concepción de Alois von Brinz la relación obligatoria se reduce al *teneri*, o sea a la pretensión sobre el patrimonio del deudor (*Haftung*, *rispondenza*¹⁶⁷); aunque en la aplicación de dicha teoría a la fenomenología de las relaciones obligatorias, primero en el ámbito del derecho germánico septentrional y luego en el de la historiografía antigua, la separación entre el deber de prestación por parte del deudor (*debitum*) y la *rispondenza* con el patrimonio propio (*obligatio*) se ha revelado útil para conferir al *debitum* una mayor y más autónoma importancia, hasta el punto que para los germanistas la obligación consistía sobre todo en un *debitum* que iba acompañado de la responsabilidad patrimonial con una función que busca reforzar el vínculo de prestación¹⁶⁸.

Ciertamente, no deben pasarse por alto los aportes hechos por las teorías patrimonialistas de la obligación a la comprensión del fenómeno obligatorio, especialmente en lo que atañe a la exposición de la centralidad del bien final al que se dirige la prestación, como también a las reflexiones proyectadas sobre la posición sustancial de deuda-crédito frente al conjunto de remedios y de las reglas de responsabilidad patrimonial¹⁶⁹. Sin embargo, una vez que ha

forzada, el mismo bien esperado, no es un índice suficiente para concluir que el objeto del derecho de crédito consista en el bien debido, tan es así que con frecuencia un resultado así no es susceptible de ser obtenido y el acreedor debe complacerse con un subrogado (suma de dinero); 3) de esto se deriva que el derecho de crédito tiene por objeto el comportamiento del deudor: “la medida del derecho del acreedor no puede ser dada por otra cosa que por aquello que el deudor *deve*, es decir del comportamiento al cual el deudor está obligado”. Y en ese sentido v. BIANCA, C. M. *Diritto civile*. 4. *L'obbligazione*, cit., p. 39.

166 FERRONI, I. *Obblighi di fare ed eseguibilità*, cit., pp. 72-73; ROMEO, C. *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, cit., p. 4; como también PACIFICO, M. *Il danno nelle obbligazioni*, Nápoles, Jovene, pp. 101-102.

167 La precisión terminológica es de BETTI, E. “Il concetto dell’obbligazione costruito dal punto di vista dell’azione”, *Studi nelle Scienze giur. e soc. della R. Univ. di Pavia*, V, 1919, p. 194, ahora republicado en *Diritto sostanziale e processo*, Milán, 2006, p. 81 ss., quien explica la inadecuación del término “responsabilidad” para traducir el término alemán “Haftung”, pero v. *id.*, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., pp. 28 ss.; *adde* COVIELLO JR., L. *L’obbligazione negativa (Contributo alla teoria delle obbligazioni)*, Nápoles, S.I.E.M., 1931, reimpr., Nápoles, ESI, 1978, p. 4.

168 Cfr. BARASSI, L. *La teoria generale delle obbligazioni*. I. *La struttura*, cit., pp. 43-44.

169 D’ANGELO, A. *Lezioni di diritto civile. Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, cit., p. 121 ss.

caído en descrédito la idea conforme a la cual se le pueda conferir al derecho de crédito una forma idéntica al derecho de propiedad, con la consecuencia de concebirlo como un derecho sobre los bienes que hacen parte del patrimonio del deudor, el horizonte se ha disipado, haciendo posible una más profunda y lúcida comprensión de la relación entre la conducta debida (la prestación) y la utilidad final esperada por el acreedor (el resultado).

La verdadera diversidad entre las teorías patrimonialistas y personalistas reside, por lo tanto, en su disponibilidad para identificar o no el contenido de la deuda con el contenido del crédito. Esto se puede confirmar a partir de la circunstancia de que, por una de esas curiosas inversiones lógicas del discurso teórico, los partidarios de la teoría personal de la obligación tienden a concebir el cumplimiento del tercero como una forma de cumplimiento —claramente a la luz de una noción bastante lata¹⁷⁰— o de todas maneras como un acto del todo equivalente al cumplimiento, por lo menos en lo que se refiere al resultado último¹⁷¹, y, en ambos casos, como un instrumento idóneo para realizar la obligación de manera completa, y por ello tanto del lado activo como del lado pasivo; mientras que, de manera simplemente lógica, los partidarios de tal teoría deberían llegar a una conclusión diametralmente opuesta: puesto que el objeto de la obligación consiste en la prestación y el cumplimiento del tercero no coincide evidentemente con la actuación de la conducta debida por el deudor, la prestación del *solvens* no puede, por definición, cumplir la relación obligatoria en forma plena¹⁷².

En cambio, algunos autores favorables a la concepción patrimonial del objeto del derecho de crédito, excluyen que el cumplimiento del tercero cumpla la obligación del deudor; mientras que, siempre desde el punto de vista lógico, puesto que el objeto de la obligación se identifica con el bien debido y el cumplimiento del tercero permite al acreedor precisamente obtener el resultado esperable, la prestación del *solvens* debería ser considerada idónea para cumplir del todo la relación obligatoria.

¹⁷⁰ Cfr. TURCO, C. *L'adempimento del terzo*, cit., p. 99.

¹⁷¹ CARPINO, B. *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 9-10, el cual parte de la premisa que el derecho de crédito tiene por objeto la prestación y llega a la conclusión de que el cumplimiento del tercero ofrece al acreedor un resultado que puede ser jurídicamente equivalente a aquel del deudor, lo que implica la realización del interés del acreedor y la inutilidad de la permanencia en vida del mismo.

¹⁷² Así, coherentemente, GIORGIANNI, M. *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, cit., p. 229 ss.

En efecto, la teoría patrimonialista más elaborada —aquella de Nicolò— arriba a la conclusión de que el cumplimiento del tercero, por lo general, cumple la relación obligatoria, pero no como consecuencia natural e inmediata de la prestación del tercero —como en cambio lo sostienen las teorías personalistas—, sino como fruto de la combinación de una pluralidad de efectos: la satisfacción del crédito vuelve inútil la conservación de la obligación a menos que intervenga la subrogación del tercero en los derechos del acreedor, lo que determina el surgimiento en cabeza del tercero de un derecho idéntico a aquel que tenía el acreedor, pero ya realizado, y la permanencia en vida de la deuda a cargo del deudor¹⁷³.

La singular inversión en las conclusiones a las que llegan las teorías sobre el objeto de la obligación debería contribuir a desvelar que la concepción del cumplimiento del tercero, ya sea como medio para la satisfacción del crédito, pero no también de actuación de la deuda, o como medio de actuación de ambos lados de la obligación y, por lo tanto, de la relación obligatoria de manera plena, no depende de la concepción personal o patrimonial del derecho de crédito a la cual se pretenda adherir —pues incluso, como se ha tratado de demostrar, la centralidad de tal distinción de por sí debería conducir a resultados opuestos—, sino que se relaciona directamente con el reconocimiento o no de la identidad sustancial del contenido de la deuda y del crédito. La adopción de la idea de la superposición completa entre las dos posiciones subjetivas impone, en efecto, la conclusión de que el cumplimiento del tercero, determinando sin lugar a dudas la satisfacción del derecho de crédito, no puede sino cumplir también el contenido de la obligación, que del objeto del crédito representa la proyección especular.

En sentido diametralmente opuesto, el reconocimiento de la diversidad de contenido entre deuda y crédito, y de la consiguiente posibilidad de disociar entre la actuación del contenido del uno y la realización del objeto del otro, permite concebir el cumplimiento del tercero como una hipótesis de satisfacción del interés del acreedor sin el respectivo cumplimiento de la deuda. Esta es la orientación de una reconstrucción dogmática más rigurosa, la cual, en efecto, reconoce en el cumplimiento del tercero una forma de satisfacción del crédito equiparada por la ley a la obtención del resultado debido a través de la realización de la obligación de parte del deudor¹⁷⁴. Una forma de realización del crédito —véase bien— del todo desvinculada de la actuación de la obligación

173 NICOLÒ, R. *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 91 ss., en part., p. 100.

174 MENGONI, L. "L'oggetto della obbligazione", cit., p. 182, como también PUGLIATTI, S. *Diritto civile* (saggi), Milán, Giuffrè, 1951, p. 588, e *id.*, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán,

y concebible precisamente gracias a la distinción conceptual entre estas dos posiciones subjetivas, de donde se desprende una consecuencia ulterior conforme a la cual la correlación funcional entre deuda y crédito no afecta la identidad de los dos términos de la relación. Ciertamente esta conclusión parece admisible, pero con una precisión dogmática de no poca monta: la eventual extinción de la relación obligatoria que sigue a la realización del crédito a través del cumplimiento del tercero no está vinculada con la inutilidad sobrevenida de la deuda a cargo del deudor provocada por la satisfacción del interés del acreedor¹⁷⁵, sino que es la consecuencia directa de la disolución del nexo de correlación funcional entre deuda y crédito, suficiente como para instaurar un ligamen de interdependencia entre las dos situaciones jurídicas subjetivas en virtud del cual estas *simul stabunt simul cadent*.

II. LA DIVERSIDAD EN EL CONTENIDO DE LA DEUDA Y EL DERECHO DE CRÉDITO Y LA INDIVIDUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO

A la luz de esta precisión, es posible delinear con mayor detalle los caracteres de la relación obligatoria: el derecho de crédito tiene un objeto diferente del contenido de la deuda y ese objeto se identifica con el bien debido o, más en general, con la utilidad obtenida gracias al reconocimiento del derecho de crédito; mientras que el contenido de la deuda se identifica con la conducta debida, o sea, con el empeño de *poiesi* del deudor dirigido a permitir la adquisición del bien o de la utilidad que le corresponden al acreedor. Sin embargo, no es legítimo inferir de la diversidad de contenidos recientemente expuesta, la autonomía entre crédito y deuda, pues esta sería refutada por el hecho de que la unidad sustancial de las dos posiciones subjetivas se recupera en el interior de la relación jurídica¹⁷⁶ dentro de la cual asumen un significado y

Giuffrè, 1935, 10, 129; NICOLÒ, R. *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 90; FALZEA, A. *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, Giuffrè, 1947, rist, 2011, p. 22.

175 GIORGIANNI, M. *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, cit., p. 229; BRECCIA, U. *Le obbligazioni*, cit., p. 438, quien sin embargo se muestra escéptico con relación a la idea de la escisión de la suerte del crédito respecto de aquella de la deuda y considera el cumplimiento del tercero una de las hipótesis de extinción satisfactoria de la obligación por medio de una vicisitud que no forma parte de la normal actuación de la relación.

176 Sobre el punto *cfr.* recientemente, DI GIANDOMENICO, G. "La lesione del rapporto giuridico", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2008, 1, pp. 625 ss., en part., pp. 630-633.

por fuera de ella perderían su significado, teniendo en cuenta además que la figura jurídica de la obligación presupone ambas posiciones hasta el punto de identificarse con ellas tanto desde el punto de vista conceptual como desde el punto de vista semántico. En la doctrina italiana el reconocimiento de la esencia de la obligación en la relación entre ambos elementos ha sido examinada sobre todo por Carlo Castronovo, quien, en un escrito en honor a Adolfo di Majo, ha desarrollado este concepto a partir de la hipótesis de relaciones obligatorias desprovistas de deber de prestación, llegando a considerar que el común denominador de cualquier relación obligatoria –precisamente su esencia– no es la prestación, la cual incluso podría llegar a faltar, sino su carácter relacional:

Como matriz de calificación del ubicarse recíprocamente un sujeto frente al otro y considerando al otro. Carácter relacional que, en el momento en el cual identifica la obligación, con o sin prestación, se revela como el aspecto constante, el marco dentro del cual la prestación solo se configura como una variable posible. De donde la relación obligatoria no es más en su esencia obligación de prestación sino aquella relación constante (*konstante Rahmenbeziehung*), teorizada por Herholz y acogida por Mengoni¹⁷⁷.

177 CASTRONOVO, C. “La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale”, *Europa e diritto privato*, 2011, p. 66. La obra de Felix Herholz a la que se refiere Castronovo es HERHOLZ, F. “Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 130, 1929, p. 257 ss. La reflexión de Castronovo continúa precisando que «en la idea originaria, en efecto, la constancia quería significar la permanencia de la obligación después del incumplimiento, aunque con objeto mutado, no pudiendo ser más la prestación originaria sino aquella del resarcimiento del daño. En cambio, en la transposición de significado aquí propuesta, la relación obligatoria se constituye *ex lege*, después del contacto social calificado, como conjunto de obligaciones funcionales a un fin, cual es la actuación de la relación misma como cumplimiento de la obligación de prestación. Este último nace cuando exista un acto de autonomía que lo genera; pero no necesariamente, dado que tal acto puede no llegar a existir nunca como en el caso de tratativas precontractuales que han fracasado, o haberse frustrado por la invalidez o la caducidad del acto de autonomía o por la extinción de la obligación de prestación por una de las causas previstas por la ley. Hablo de obligaciones funcionales y ya no accesorias, precisamente porque tal función accesoria solo puede ser predicada cuando existe una obligación de prestación, que, en cambio, como estamos diciendo, no surge necesariamente o, incluso se ha extinguido, no comporta la automática extinción de las obligaciones llamadas accesorias. Bajo esta óptica el elemento que vuelve permanente (*konstante*) la relación no está constituido por la obligación de prestación, el cual justamente por definición tiene una duración inferior a aquella de la relación en su conjunto, sino esta última, aquella que viene distinguida como relación jurídica fundamental”.

Por lo tanto, encuentra plena legitimación la elección del derecho positivo italiano que asume y disciplina la obligación ya no como posición deudora ni como posición acreedora, sino como relación jurídica. En efecto, no hay duda de que el Título I del Libro IV del código civil custodia el estatuto de la relación obligatoria plena, y no solamente su lado pasivo.

En el interior de la relación obligatoria se reproduce la síntesis del crédito y de la deuda, o sea del resultado y el comportamiento instrumental, y se ciñe entre las dos situaciones jurídicas aquel nexo de correlación pero no de identidad, a la luz del cual adquiere pleno sentido la enseñanza conforme a la cual

“la obligación tiende no solo al acto del deudor como tal, sino al acto con respecto al resultado que debe producirse mediante ese acto” (cit. de Windscheid, n.d.a.). El comportamiento del deudor no es idóneo, por sí mismo, para satisfacer el interés del acreedor, sino solo a través del resultado frente al cual se coloca: la producción de ese resultado es aquello que le interesa al acreedor. De ahí que no debiera haber dificultad para reconocer que el contenido de la obligación no tiene por causa un fin sino que es un medio para un fin¹⁷⁸.

En efecto, no existen obligaciones que no tengan por objeto la producción de un resultado¹⁷⁹ y en la relación medios-resultado adquiere forma la atracción entre el interés tutelado del acreedor y la actividad creadora del deudor: y es en esa relación armoniosa entre conducta y resultado que está contenida la esencia de la obligación, su rasgo característico, más todavía de cuanto lo sea la cooperación entre las partes¹⁸⁰. La esencia del nexo de correlación y de no

178 MENGONI, L. “L’oggetto della obbligazione”, cit., p. 168.

179 MENGONI, L. “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’ (Studio critico)”, cit., pp. 188-189, y ahora en *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, a cargo de Castronovo, C., Albanese, A. y Nicolussi, A., cit., pp. 144-145; pero v. también DI MAJO, A: *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 100, 105 ss., quien precisa que «punto de referencia del interés del acreedor es la prestación del deudor, ya sea definida, en su aspecto subjetivo, como comportamiento tendiente a hacer obtener al acreedor un determinado resultado o, en su aspecto objetivo, como bien o utilidad o resultado». Sobre este punto permítase el reenvío a PIRAINO, F. “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’ ovvero dell’inadempimento incontrovertibile e dell’inadempimento controvertibile”, cit., p. 83 ss., en part. pp. 111 ss., 133 ss.; *id.*, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 509 ss., en part. p. 535 ss.; pero v. de nuevo *id.*, “Corsi e ricorsi delle obbligazioni ‘di risultato’ e delle obbligazioni ‘di mezzi’: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza”, cit., p. 891 ss.

180 El concepto de cooperación se encuentra en el centro de la descripción de la relación obligatoria ofrecida por BETTI, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, 1, *Prolegomeni: funzione*

equivalencia entre deuda y crédito también se observan en aquella autorizada lectura unitaria de la relación obligatoria que, en contraposición respecto de la tradición, asumen el punto de vista del lado activo de la relación¹⁸¹ y, por lo tanto, reconocen directamente en el crédito aquella síntesis de medios y resultado que aquí en cambio se ha puesto en el interior de la relación obligatoria sobre el presupuesto de la diversidad de contenido de deuda y crédito. En esta perspectiva unitaria, que parte del derecho de crédito, se distingue el contenido del objeto a partir de aquel. El primero coincide con la pretensión del acreedor respecto del deudor y por consiguiente describe tanto el momento instrumental de la prestación como su terminación, representada por el resultado final¹⁸². Por el contrario, el segundo, se vincula al interés del acreedor hasta el punto de que resulta lícito identificar el objeto del crédito con el objeto de tal interés, que consiste en la utilidad que el acreedor puede legítimamente esperar, de modo que el objeto del derecho de crédito termina por designar precisamente el bien debido¹⁸³.

En la perspectiva de la relación obligatoria, que aquí se prefiere, la estructura necesariamente relacional entre deuda y crédito adquiere forma, en el ámbito de la figura concreta, precisamente en aquel vínculo de correlación funcional que determina su natural predestinación a confluir en el marco unitario de la obligación como relación¹⁸⁴. ¿Cuál es entonces el significado de la diversidad de contenido predicada? Esa permite concebir la posibilidad de que la suerte de las dos posiciones subjetivas relacionadas diverja y que, por lo tanto, el crédito se satisfaga prescindiendo de la actuación de la obligación y, a su vez, que esta última permanezca en vida a pesar de que el primero haya sido satisfecho. Y en el plano que aquí más interesa, la consecuencia última de esta sistematización dogmática consiste en el hecho de que no es en cambio

economico-sociale dei rapporti d'obbligazione, cit., p. 9 ss.; *id.*, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, cit., p. 49.

181 FERRI, G. B. *Il negozio giuridico*, 2.^a edición, Padua, Cedam, 2004, p. 159 ss.

182 *Ibidem*, cit., p. 159. En cambio, no es igualmente aceptable la afirmación de la completa identidad entre contenido de la obligación y contenido del crédito (*ibidem*, pp. 159-160), reiterada sobre la base de la enseñanza de BARASSI, L. *La teoria generale delle obbligazioni*. I. *La struttura*, cit., p. 15, según el cual “la ‘obligación’ del ‘deudor’ no es nada distinto que la expresión correlativa de aquella señoría, es decir del derecho de crédito”.

183 FERRI, G. B. *Il negozio giuridico*, cit., pp. 159-160, quien, más adelante en el estudio, reproduce la distinción entre contenido y objeto en el campo del negocio jurídico.

184 También CORRIAS, P. *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., pp. 38-39, reconoce que la estructura de la obligación puede ser correctamente representada solo como una relación.

posible suponer un cumplimiento sin satisfacer el interés del acreedor y dicha conclusión se justifica a la luz de la necesaria instrumentalidad de la conducta respecto del resultado debido. O puede suceder también que el contenido de la obligación se produzca pero que no se obtenga la satisfacción del interés del acreedor – como por ejemplo en el caso de una oferta formal seguida por un depósito irrevocable *ex art. 1210*, inciso 2, c.c. it. o de la realización de la prestación al acreedor aparente prevista en el *art. 1189 c.c.it* – caso en el cual no se tendrá cumplimiento¹⁸⁵.

De ello se desprende que el cumplimiento se revela como una categoría de la relación obligatoria completa y no solo del deber del deudor¹⁸⁶, lo que no debe sorprender demasiado teniendo en cuenta solamente el canon metodológico que predica la existencia de un estrecho vínculo entre efecto jurídico y hecho, en virtud del cual el primero es calculado sobre la base del interés que cobra vida en el segundo¹⁸⁷. El interés que surge del hecho que se encuentra sobre la base de un vínculo obligatorio, consiste en la obtención por parte del acreedor de una utilidad dirigida a producirse por la actividad creadora del deudor: resultado y medios están correlacionados, pero el primero ejerce un efecto de atracción de tal magnitud sobre la relación, que se puede llegar a descartar que exista cumplimiento si no hay realización del interés del acreedor, con la condición de que ese efecto haya sido propiciado por la cooperación del deudor¹⁸⁸.

Dentro del horizonte dogmático aquí delineado también es posible afrontar otro nudo tradicional alrededor del cual generaciones de estudiosos de las obligaciones han convergido y divergido: el objeto del derecho de crédito¹⁸⁹.

185 MENGONI, L. “*L'oggetto della obbligazione*”, cit., p. 174 ss.

186 Lo aclara *ibidem*, cit., 175 nota 1, siguiendo a “P. Kretschmar, Beiträge zur Erfüllungslehre”, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 85, 1935, 184 ss., en part. 210-211, 224.

187 Cfr. Recientemente SCALISI, V. “Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità”, cit., pp. 303 ss., siguiendo a su maestro FALZEA, A. “Efficacia giuridica”, en *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. II. *Dogmatica giuridica*, Milán, Giuffrè, 1997, pp. 62 ss.

188 Esto es lo que he sostenido en el estudio sobre “L’adempimento del terzo e l’oggetto dell’obbligazione”, cit., pp. 330-331. El mismo enfoque es seguido por ALBANESE, A. *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, cit., pp. 3-4, pp. 43 ss.

189 Es singular, y tal vez indicativo de un cierto desinterés en los estudios más recientes sobre la obligación, que el último tratado en orden cronológico dedicado en Italia a la relación obligatoria (GAMBINO, F. *Le obbligazioni*. I. *Il rapporto obbligatorio*, cit., pp. 8 ss.) no se detenga

A la comprensión del derecho de crédito como el derecho a la prestación del deudor, que se remonta a la tradición romana y ya no obviamente sobre la persona del deudor¹⁹⁰, como también a la reformulación de Savigny consistente

sobre la cuestión del objeto del derecho de crédito, y esto es incluso más impresionante si se tiene en cuenta el valor, en general, bueno de la obra y de una cierta ambición intelectual que la invade, además del prestigio de la posición editorial.

- 190 En el derecho romano antiguo la sujeción personal del *obligatus* al acreedor era atribuida al *nexum*. El *nexum* es una figura bastante misteriosa, de la que es posible, con un cierto margen de seguridad, afirmar solamente el carácter de *gestum per aes et libram* y la sustancia del fenómeno que consiste en la adquisición, mediante el peso del *aes rude*, de un derecho de parte del sujeto activo destinado a ejercerse sobre la persona del *nexus*, sometido a constricción material, “donde el sujeto, caía en un estado de prisión de hecho, y posiblemente pagaba la deuda con su trabajo” (BRASIELLO, U. “Obbligazione (diritto romano)”, en *Novissimo Digesto italiano*, XI, Turín, UTET, 1965, p. 557; *cfr.* también VINCENTI, U. *Obbligazioni, contratti, illeciti civili*, en Cantarella, E., Cappellini, P., Marotta, V., Santalucia, B., Schiavone, A., Spagnuolo Vigorita, T. y Vincenti, U., *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cargo de Schiavone, A., Turín, Einaudi, 2003, pp. 351-352). En realidad, reina una profunda incertidumbre sobre los efectos del *nexum* y, en particular, sobre la forma de sometimiento, si efectiva e inmediata o solo potencial, aunque no existan elementos textuales idóneos para legitimar la idea de un estado de pendencia del sometimiento destinado a actualizarse solamente al momento de la frustración de la expectativa del sujeto activo de la relación. TALAMANCA, M. “Obbligazioni (diritto romano)”, en *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milán, Giuffrè, 1979, p. 6 nt. 35, considera que “se atribuye a los operadores del derecho de aquella época remota una capacidad excesiva en el sentido de las sutiles diferenciaciones, cuando se piensa en las *operae* como al ‘objeto’ del *nexum*. Por la mentalidad pre-decenviral, si el problema hubiese podido plantearse, el único “objeto” posible habría sido la persona del *nexus* mismo”. Sin embargo, el autor es escéptico sobre la incidencia que el *nexum* habría tenido en el surgimiento de la obligación contractual. Diversa es la opinión de PACCHIONI, G. “Il concetto dell’obbligazione”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1924, I, 211 ss., quien en cambio considera necesario partir precisamente de la noción de *nexum* ofrecida por Q. Mucio Scaevola y retomada por Varrón, un erudito del siglo I a. C., en un paso del *de lingua latina*, VII, 5, 105, para remontarse a la concepción de la obligación del derecho clásico, partiendo de la base que, “dada [...] la fuerte persistencia de los conceptos jurídicos, este texto aunque se refiere a la más antigua *obligatio* romana, puede servir considerablemente para aclarar el concepto de la obligación de la época clásica”. Este es el paso de Varrón, planteado sobre la contraposición entre la opinión de Manilio y la opinión de Q. Mucio Scaevola, finalmente acogida en el *de lingua latina*: “Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia: Mucius quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quae mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quaerit; nam id est quod obligatur per libram ‘neque suum fit’, inde nexum dictum”. Asimismo, Varrón ofrece la preciosa definición de *nexus* transmitida por las más antiguas fuentes jurídicas romanas, según la cual “liber qui suas operas in servitute pro pecunia quam debebat, dum solveret, nexus vocatur ut ab aere obaeratus”. De tal definición Pacchioni pretende extraer algunos datos decisivos para poder individuar la naturaleza del

en la señoría sobre los singulares actos del deudor¹⁹¹, se contrapone –como ya se anticipó– la concepción del crédito como derecho a satisfacerse sobre

vinculum iuris instaurado por el *nexum*: tal *vinculum* se traducía en un estado de sometimiento físico del deudor, al cual correspondía un derecho del acreedor sobre el cuerpo del deudor, y más en particular, sobre sus *operae*, con el fin de obtener del deudor sometido el dinero que le debe. La particularidad reside en la circunstancia de que el derecho del acreedor aparece, por lo tanto, netamente distinto, si no incluso contrapuesto, respecto del deber o débito del deudor, por consiguiente, en su más antigua definición, el *nexum* se presenta como un estado de sometimiento físico de una persona con fines de garantía del cumplimiento de una deuda “y si es así, no se puede negar que sea una relación diversa y distinta de la deuda misma, y más precisamente una relación autónoma, pero instrumental, es decir, constituida con el fin de asegurar de mejor forma al acreedor aquello que a él le era debido de otra manera”. Sobre la escisión de los dos elementos del *debitum* y de la *obligatio* en las últimas definiciones mencionadas por Varrón, *cfr.* también MARCHI, A. “Le definizioni romane dell’obbligazione”, *Bullettino dell’Istituto di diritto romano*, 1917, p. 58. VINCENTI, U., *ibidem*, destaca que de las palabras de Quinto Mucio emerge la idoneidad del *nexum* para constituir *obligationes*, mientras que a diferencia de la configuración originaria resulta del todo obliterado el efecto del sometimiento del *mancipium*, lo que puede representar una huella de la transformación del vínculo, de material en ideal, o mejor en un vínculo jurídico, en el cual el sometimiento no afecta más directamente la persona del deudor, sino que se traduce en la exposición a la *actio in personam*. Como se sabe, el *nexum* fue abolido por la célebre *lex Poetelia*, recibida como una gran intervención de reforma social y económica, la cual estableció, que, para el futuro, solo pudieran ser sometidos como garantía de la deuda los bienes del deudor más no su cuerpo.

- 191 VON SAVIGNY, F. C. *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlín, Veit, 1840-1949, trad. it. de V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Turín, Unione tipografico-editrice, 1886-1898, § 53, 339-340: “la primera relación en la que nos podemos encontrar con una persona es aquella en la cual esa se encuentra subordinada, de manera similar a las cosas, a nuestra voluntad, y está por lo tanto sujeta a nuestro dominio. Si este dominio fuera absoluto, no sería concebible en quien se encuentra sometido, la existencia de libertad y personalidad; este dominio nuestro ya no caería sobre una persona, sino sobre una cosa, nuestro derecho sería el de propiedad sobre un hombre, tal como en realidad era la relación de esclavitud en el derecho romano. Pero si así no debe ser, si nosotros preferimos que se trate de una relación jurídica particular, que consista en el dominio sobre una persona sin que se aniquile su libertad, en consecuencia, que eso sea similar a la propiedad pero al mismo tiempo diferente de esa; este dominio no podrá necesariamente extenderse a la totalidad de la persona, sino que estará limitado solamente a un solo acto de la misma; entonces ese acto se sustrae de la libertad del agente, por lo que es considerado sometido a nuestra voluntad. Una relación de dominio de este tipo sobre un particular acto de una persona es llamada *Obligación*. Esta tiene naturaleza similar a aquella de la propiedad, no solo porque ambas constituyen una extensión del dominio de nuestra voluntad sobre una porción del mundo exterior, sino también por otros aspectos más especiales: en primer lugar en cuanto la obligación puede estimarse en una suma de dinero, lo que no es cosa distinta que una modificación de la obligación en propiedad, por el dinero; en segundo lugar en cuanto la mayor parte de las obligaciones, y

el patrimonio del deudor y por lo tanto, en últimas, como derecho sobre los bienes de este último.

Ambas nociones son inadecuadas. La segunda porque trata de calcar el modelo propietario de la señoría sobre los bienes y, de esta manera, deforma la materia en vez de proveerla con un encuadramiento respetuoso de sus características. Baste pensar que esta definición de crédito no se preocupa por individuar los poderes y las facultades del acreedor en la fase fisiológica de la relación obligatoria, o sea durante la espera del cumplimiento, prefiriendo adoptar la perspectiva exclusiva de la violación del vínculo y de los poderes que, en caso de incumplimiento, el ordenamiento le reconoce al titular del derecho. No menos parcializada se presenta la primera noción: el derecho a la prestación se revela como una fórmula vacía que no aclara cuales sean las prerrogativas concedidas al titular del derecho. Emblemática de esa incongruencia denunciada es la definición de crédito que se lee en uno de los tratados sobre las obligaciones, más célebres en Italia, aquel de Massimo Bianca: “el crédito es el derecho al cumplimiento, es decir el derecho del acreedor a la ejecución de la prestación debida”¹⁹². Esa definición se presenta como una nueva propuesta de la teoría personalista de la obligación, en la variante representada por la teoría del comportamiento debido¹⁹³, lo que se puede confirmar a partir de la sucesiva identificación del objeto de la obligación con la prestación¹⁹⁴. Sin embargo, el influjo de las teorías patrimonialistas ha provocado una recuperación de la dimensión finalista en la postura de Bianca, actuando sobre la noción de prestación, entendida en sentido demasiado lato como para no restringirla solamente a la conducta debida sino a la realización de la finalidad esperada por el acreedor, con tal de que esta se presente como efecto imputable al deudor¹⁹⁵.

las más importantes de esas, no tienen otro fin, que aquel de conducir a la adquisición de la propiedad o al disfrute temporal de esa”.

192 BIANCA, M. C. *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., p. 28.

193 En Italia tiene amplio apoyo la teoría del comportamiento debido: *cfr.* BARASSI, L. *La teoria generale delle obbligazioni. 1. La struttura*, cit., p. 50 ss.; GIORGIANNI, M. *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, cit., p. 213 ss.; RESCIGNO, P. “Obbligazioni (diritto privato)”, cit., pp. 184-185.

194 BIANCA, C. M. *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., pp. 32-33.

195 *Ibidem*, 40: “El acreedor tiene derecho a la prestación del deudor en el sentido de que la realización de la finalidad prevista debe ser un efecto jurídicamente imputable al deudor, consistiendo, según los casos, en una actividad del obligado o de su organización o en un resultado que se vuelve posible por su iniciativa o por su situación jurídica”.

Esta formulación es discutible por una pluralidad de razones. En primer lugar, porque la noción de prestación que emerge se alarga demasiado, hasta el punto de sobrepasar el área de las conductas humanas, abrazando también la sola finalidad jurídicamente atribuible a la esfera del deudor, pero desvinculada de su actividad *poietica*, como en el caso de la prestación de garantía. En segundo lugar, porque al incluir la realización de la finalidad en la prestación descuida el elemento decisivo en virtud del cual con frecuencia – e incluso en términos estructurales en algunas tipologías de obligación – la realización del resultado debido no depende solamente del deudor sino también de la cooperación del acreedor e incluso algunas veces también de factores externos no susceptibles de ser dominados por el deudor, pero incluidos en el área de los riesgos que este ha asumido. En tercer lugar, porque la noción de derecho de crédito examinada parece prisionera del *iuris praeceptum* que pretende una simetría perfecta de contenidos entre deuda y crédito y, en efecto, el asunto es que «aquello que es debido por el deudor determina aquello que corresponde al acreedor»¹⁹⁶. Para comprender el aspecto teleológico en la obligación, confiando relevancia a la utilidad final a la cual esa está orientada, sin desmentir el axioma de la identidad de contenido de deuda y crédito, Bianca se ve constreñido a introducir el enfoque de la finalidad en la prestación, desnaturalizando, sin embargo, su contenido¹⁹⁷.

Más allá de estas perplejidades dogmáticas, la posición examinada es interesante bajo otro aspecto: pues como todas las concepciones del crédito como derecho a la prestación, esa definición termina por vaciar el contenido del derecho, reduciéndolo en la fase fisiológica a una posición de ventaja sustancialmente inactiva, identificada con la pretensión al cumplimiento. De esta manera escapan del contenido del crédito facultades y poderes sustanciales, en cuanto los únicos poderes reconocidos al acreedor se activan solamente en caso de incumplimiento –o de peligro de incumplimiento– y consisten en los respectivos remedios¹⁹⁸.

¹⁹⁶ BIANCA, C. M., cit., p. 39.

¹⁹⁷ La posición de Bianca es compartida por D'ANGELO, A. *Lezioni di diritto civile. Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, cit., pp. 126-127.

¹⁹⁸ BIANCA, C. M. *Diritto civile. 4. L'obbligazione* cit., p. 38: “la figura del derecho de crédito sirve más que todo para comprobar que hay derechos que no consisten en un poder sino en una pretensión (derecho relativo), y que la noción de derecho subjetivo se traza en general como posición de ventaja tutelada directamente por el ordenamiento”.

Precisamente sobre la base de esa consideración, Domenico Barbero ha llegado a excluir al crédito del área de los derechos subjetivos, calificándolo como una expectativa tutelada, o sea como la confianza en la prestación ajena¹⁹⁹. Ahora una hipótesis así peca por extremismo y debe ser rechazada²⁰⁰; pero queda la debilidad del enfoque conceptual que concentra los poderes del acreedor solamente en la dimensión de los remedios. En sentido contrario respecto de las conceptualizaciones del crédito como posición de ventaja, pero caracterizada por su inercia²⁰¹, debe afirmarse que en la fase fisiológica al derecho de crédito no le faltan poderes ni facultades predisuestas para favorecer la obtención —naturalmente no directa— del bien o del servicio esperado²⁰².

-
- 199 BARBERO, D. “Il diritto soggettivo”, *Foro italiano*, 1939, IV, p. 1 ss., y ahora en *Studi di teoria generale del diritto*, Milán, Giuffrè, 1953, 132 ss.; *id.*, “Il credito nel sistema dei rapporti giuridici”, *Jus*, 1942, p. 1 ss., ahora en *Studi di teoria generale del diritto*, cit., 143 ss. En el mismo sentido v. GARBAGNATI, E. *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milán, Giuffrè, 1942, 28, pp. 70-71.
- 200 En sentido crítico respecto de la posición de Barbero *cfr.* NATOLI, U. *Il diritto soggettivo*, Milán, Giuffrè, 1943, 96 ss., quien trata de conciliar la idea del derecho subjetivo como *agere licere* con la calificación del crédito como derecho subjetivo, identificando el contenido del derecho de crédito en la pretensión entendida como facultad de “provocar una actividad de otro sujeto, titular de una situación complementaria de obligación” (*ibidem*, 76); GUARINO, G. “Potere giuridico e diritto soggettivo”, en *Rassegna di diritto pubblico*, 1949, pp. 314-315, reed, Nápoles, Jovene, 1990; COMPORTI, M. *Contributo allo studio del diritto reale*, Milán, Giuffrè, 1977, pp. 66-67; y recientemente RESTIVO, C. *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, Milán, Giuffrè, 2007, pp. 61 ss.
- 201 PUGLIESE, G. *Actio e diritto soggettivo*, Milán Giuffrè, 1939, reimpr, Nápoles, Jovene, 2006, p. 51 habla de impotencia del acreedor: “el único poder, en el cual puede materializarse el derecho de crédito, es el poder de aplicar o exigir la aplicación de la sanción; respecto de la verdadera y propia observancia de la norma, el acreedor es impotente”. Al respecto, no debe olvidarse el refinado esquema conceptual elaborado por GUARINO, G. “Potere giuridico e diritto soggettivo”, cit., p. 238 ss., quien individua tres situaciones de ventajas elementales: el derecho subjetivo, la pretensión y el interés legítimo. Mientras el derecho subjetivo consiste en una situación activa, un *agere licere* que autoriza al titular a un comportamiento futuro, la pretensión se presenta como una situación inactiva que tiene por objeto un comportamiento debido por otro, no atribuyendo al titular algún instrumento útil para provocar la actuación de tal conducta y poniéndolo, por lo tanto, en una posición de mera espera (*ibidem*, 265 ss.).
- 202 RESTIVO, C. *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, cit., pp. 61-62, adhiere a la concepción del derecho de crédito como situación compleja que ve, al lado de la pretensión, reconocida al acreedor “una serie de facultades y de poderes que acceden a la pretensión, la asisten y, en cierto modo, aseguran su realización. Piénsese en el poder de activar uno de los medios de conservación de la garantía patrimonial [...]; al poder de disponer del crédito, cediéndolo (art. 1260 c.c. it) condonándolo (art. 1236 c.c. it); al poder de oponer la excepción de compensación (art. 1242 c.c. it) o la excepción de incumplimiento (art. 1460 c.c. it); o,

Para este fin es necesario aprovechar la, varias veces señalada, diversidad de contenido entre deuda y crédito y su correlación funcional también en el terreno de la individuación del contenido del derecho de crédito. Este último se compone de dos aspectos que se encuentran relacionados entre sí: por una parte, el crédito confiere al titular la legitimación para adquirir el bien o el servicio que debe ser realizado por el deudor con su propia prestación²⁰³; y, por otra parte, el crédito confiere al titular la facultad de controlar *in itinere* el desarrollo de la prestación y rechazar la prestación inexacta o incorrecta, como también el poder de exigir la prestación y de solicitar al deudor que se resiste a cumplir o tarda en hacerlo, mediante actos de presión psicológica como la constitución en mora, provocando de esta manera el endurecimiento del vínculo previsto por el art. 1221 c.c.it.

más simplemente, a la mera facultad de exigir al deudor el cumplimiento de la prestación, aunque sea amenazando –si es necesario– con el ejercicio de los derechos reconocidos por la ley precisamente para tutelar el crédito propio”.

- 203 Bajo esta perspectiva, es indiscutible que el derecho de crédito tenga por objeto la obtención del bien debido: *cfr.* NICOLÒ, R. *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 60 ss. y MENGONI, L. “L'oggetto della obbligazione”, cit., pp. 177-178. El enfoque de Mengoni es particularmente agudo: “ciertamente el interés tutelado no representa el contenido del derecho de crédito, sino sobre todo un elemento de la situación obligatoria: baste pensar (art. 1174 c.c.it) que el interés en sí mismo también puede ser de naturaleza no patrimonial, mientras que la obligación es una relación típicamente patrimonial. Pero, a través del proceso de calificación formal, el fin del interés tutelado (fin en sentido subjetivo) se objetiva como función jurídicamente esencial del comportamiento debido, de modo que la realización del interés se vuelve propiamente el objeto (o contenido) del correspondiente derecho. Como el concepto de fin se convierte lógicamente en el concepto de bien, también podemos decir que objeto del derecho de crédito es el bien, que el comportamiento obligatorio tiende a procurar. Pero el bien, sobre el cual subyace la obligación, es una categoría completamente diversa de aquella prevista en el art. 810 c.c.it. Esa introduce un paralelismo puramente nominal con los derechos reales: baste pensar que desde nuestro punto de vista son bienes también los servicios, mientras que la ley, desde el punto de vista del art. 810 c.c.it, opone los servicios a los bienes. En la obligación de entregar un cuadro, objeto del derecho de crédito, no es el cuadro como tal es decir una cosa, sino en cambio el resultado (a realizar) consistente en la adquisición de la posesión o de la detentación del cuadro. En las obligaciones de restitución, objeto del derecho del acreedor (comodante, depositante, etc. en cuanto tales) no es la *res*, sino *rem restitui* (resultado concerniente a la *res*)”. En la misma línea se coloca sustancialmente BETTI, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, cit., p. 133 ss., quien no identifica el objeto del derecho de crédito con el bien debido, sino con la prestación en sí, es decir, con la prestación entendida no como comportamiento de cooperación debido, sino como utilidad objetiva.

Las características de la concepción moderna de la obligación han sido indicadas con particular eficacia por Emilio Betti:

En la obligación moderna –dada la adecuación entre deuda y responsabilidad– naturalmente ha venido a destacarse en forma neta un elemento que en la obligación romana había quedado obnubilado por la preponderancia decisiva de la responsabilidad sobre la deuda. Queremos decir la *destinación económico-social de la obligación*. Un indicio elocuente, que también a este respecto, se observa entre la concepción moderna y la concepción romana de la obligación, se encuentra en la terminología. Los Romanos hablan de *solutio* o de *liberatio*: lo que significa disolución de un vínculo, liberación de una responsabilidad: expresiones estas negativas, que designan solamente el *fin* de un estado preexistente y se refieren al momento de la responsabilidad: fin, que en su origen no constituía todavía una obligación, sino una *carga*. Nosotros, los modernos, hablamos por el contrario de “cumplimiento” o de “pago”, expresiones positivas que designan el cumplimiento de una destinación, la satisfacción de una exigencia, en suma, la obtención del fin establecido de la obligación: expresiones, ambas, concernientes al momento del deber-tener²⁰⁴.

La última etapa del recorrido que ha llevado a la incorporación del bien debido al lado de la prestación dentro del objeto de la obligación, gracias al reconocimiento de la diversidad de contenidos entre crédito y deuda y a su vínculo en el interior de la relación jurídica, que los liga en una unidad funcional, está representada por la progresiva afirmación de la tutela *in natura* al lado de la tutela por equivalente pecuniario²⁰⁵. El plano de las tutelas influye en la definición del alcance de la posición sustancial, al menos tanto como esta incide sobre la configuración de la primera. Este condicionamiento recíproco constituye ahora un dato adquirido a partir de la reflexión sobre la obligación, y trae a la mente la importancia que ejercen las reglas sobre la responsabilidad

204 BETTI, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, cit., p. 134.

205 Lo señala, con su habitual perspicacia, RESCIGNO, P. “Obbligazioni (diritto privato)”, cit., 185: “Sin embargo, la crítica a las doctrinas ‘patrimoniales’, en las diversas formulaciones de la idea del ‘bien debido’ visto como objeto de la relación obligatoria, y el favor manifestado por la concepción ‘personal’, no impiden señalar la progresiva tendencia del sistema a ampliar las hipótesis y a idear nuevas formas de tutela ‘real’ del crédito, en el sentido de favorecer una satisfacción del acreedor consistente en el ‘bien’ específico implicado en la relación, y ya no en el mero resarcimiento de los daños”.

patrimonial y los instrumentos de ejecución forzada en el surgimiento del rol de la utilidad final, dentro del ámbito de las mencionadas teorías patrimonialistas de la obligación. Al final de un lento recorrido se ha venido afirmando la posibilidad para el acreedor insatisfecho de reaccionar ante el incumplimiento exigiendo la prestación incumplida o la corrección de aquella ejecutada de manera inexacta, o sea exactamente aquello que el propio derecho le reconoce y que el incumplimiento de la deuda le ha impedido. El remedio previsto para ofrecer esta tutela en forma específica es el llamado cumplimiento *in natura*, consagrado en primer lugar en las construcciones teóricas de la doctrina²⁰⁶ y en el derecho aplicado por la jurisprudencia, gracias a un trabajo intersticial conducido entre las normas de la disciplina general de la obligación y del contrato (en Italia más que todo los arts. 1218 ss. c.c. it. y 1453 ss. c.c. it.), y ahora objeto de especial atención por parte de los principales códigos civiles europeos reformados (arts. 1217, 1221 y 1222 *Code civil*²⁰⁷ y

206 Los estudios pioneros han sido aquellos de GIORGIANNI, M. “Tutela del creditore e tutela “reale””, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, 853 ss.; *id.*, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, cit., p. 20 ss., p. 62 ss.; DI MAJO, A. *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 279 ss. (el núcleo del volumen está constituido por un curso universitario de 1982 y la primera edición es de 1987), pero sobre todo la monografía de MAZZAMUTO, S. *L'attuazione degli obblighi di fare*, Nápoles, Jovene, 1978, p. 95 ss., en part. 121 ss.; 151 ss. Como también de FERRONI, L. *Obblighi di fare ed eseguibilità*, cit., p. 191 ss. y, más recientemente, de PLAIA, A. *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Padua, Cedam, 2000, p. 86 ss.; ROMEO, C. *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, cit., *passim*, en part. 45 ss.; PIRAINO, F. *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., *passim*, en part. 183 ss., y DELLACASA, M. *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Turín, Giappichelli, 2013, pp. 279 ss.

207 La reforma del *Code civil* francés, realizada con l'Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016, ha rediseñado la disciplina completa del derecho de las obligaciones. Bajo el aspecto que aquí más interesa, el nuevo enfoque del *Code civil* está cubierto de múltiples referencias a la *exécution forcée en nature*, a la cual incluso se le dedica una propia disposición, y esto confiere al remedio un fundamento explícito de derecho positivo, a la par de los otros remedios contra el incumplimiento. La *exécution forcée en nature* es contemplada en el nuevo art. 1217 c.c. francés que, con previsión bastante oportuna, esboza una disciplina unitaria de la *inexécution du contrat*, sin distinguir por lo tanto de acuerdo con las diversas especies de la obligación, ilustrando todo el bagaje de remedios a disposición de la parte fiel en caso de incumplimiento absoluto o de cumplimiento inexacto del contrato: “La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut: refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation; solliciter une réduction du prix; provoquer la résolution du contrat; demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter”. Sobre este

§ 281 BGB²⁰⁸, pero v. también § 241 BGB²⁰⁹), y visible también en la reflexión latinoamericana, aunque a veces superpuesta a la ejecución forzada en forma

punto permítase el reenvío a PIRAINO, F. “L’adempimento in natura alla luce della riforma del Code civil”, *Giurisprudenza italiana*, 2018, 1277 ss.

- 208 WESTERMANN, H. P., BYDLINSKI, P. y WEBER, R. *BGB – Schuldrecht*, Allgemeiner Teil, Heidelberg, 2010, 183 ss.; MITZKAIT, A. *Leistungsstörung und Haftungsbefreiung*. Ein Vergleich der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts mit dem reformierten deutschen Recht, Tübingen, 2008, 92 ss.; ZWIEGERT, K. y KÖTZ, H. *Introduzione al diritto comparato*. II. *Istituti*, ed. it. dirigida por Di Majo A. y Gambaro, A., Milán, Giuffrè, 2011, 276 ss.
- 209 En Alemania, la *Modernisierung* del BGB ofrece un cuadro normativo casi exhaustivo, en línea con la mayor atención reservada a la *Anspruch auf Leistung* (v. § 241, Abs. 1, BGB), atendiendo también la reorganización de la materia impuesta por la aplicación de la Dir. 99/44/CE. Este cuadro se compone por el conjunto de normas dispuestas en el § 275 BGB sobre la imposibilidad de la prestación y sobre las figuras análogas congregadas por el efecto de impedir el cumplimiento, por el § 281 BGB sobre los criterios de conversión de la prestación al *Schadensersatz statt der Leistung*, por el § 322 BGB sobre la condena a la ejecución simultánea de las prestaciones (*Verurteilung zur Leistung Zug-um-Zug*) derivadas de un contrato sinalagmático, por el § 323 BGB sobre el receso del contrato sinalagmático por incumplimiento o cumplimiento inexacto de la prestación (*Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung*) y por el § 326 BGB sobre la liberación del contratante de la propia prestación y sobre el receso de la contraparte (*Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht*). El elemento de cohesión en la disciplina alemana está representado por la regla que le da prioridad al cumplimiento *in natura*, la cual encuentra su principal expresión en el *Nachfrist*, o sea en el término suplementario para cumplir después del inicial incumplimiento total o para corregir el cumplimiento inexacto. El *Nachfrist* es recibido por la doctrina alemana como un “modelo de exportación” a la luz del éxito internacional que tal modelo de estructuración de las relaciones entre cumplimiento y resarcimiento ha obtenido (LORENZ, S. “Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo”, *Rivista di diritto civile*, 2010, pp. 102-103). En efecto, el reconocimiento del *Nachfrist* constituye el presupuesto para invocar tanto el receso (§ 323, Abs. 1, BGB) como el resarcimiento sustitutivo (§ 281, Abs. 1, BGB), a menos que se presenten circunstancias particulares que justifiquen recurrir de inmediato a los *Sekundäransprüche*, por ejemplo, la carencia de interés a la prestación parcial, la negativa seria y definitiva del deudor a cumplir, la previsión de un término fijo para cumplir o la particularidad del caso concreto que induzca a desistir del cumplimiento a favor del resarcimiento y del receso (§§ 281, Abs. 2, y 323, Abs. 2, BGB). Para una síntesis, *cfr.* ZIMMERMANN, R. *The new German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2005, 43 ss., 49 ss., 66 ss.; GRUNDMANN, S. “Risarcimento del danno contrattuale. Sistema e prospettive nell’interazione tra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa”, *Diritto e giurisprudenza*, 2005, 169 ss.; ADDIS, F. “Risarcimento del danno contrattuale. Riflessioni su ‘Sistema e prospettive nell’interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa’ secondo Stefan Grundmann”, *Diritto e giurisprudenza*, 2007, 18 ss.; LORENZ, S. “Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo”, *cit.*, 100 ss.

específica²¹⁰. La tensión de la relación obligatoria por su realización en los términos preestablecidos después del incumplimiento inicial o del cumplimiento inexacto, al límite como consecuencia de una orden judicial, representa sin duda una de las características propias de la concepción moderna de la obligación. La posibilidad de la tutela *in natura* entró en la esencia de la obligación, la cual se encuentra predispuesta a su realización *invito debitore*. En otros términos, la tutela *in natura* está inscrita en la estructura y en la función de la obligación, en cuanto forma jurídica para la adquisición de un bien final, con la consecuencia de que, mientras perdura la posibilidad de cumplir y de obtener el resultado previsto, el deudor permanece obligado a realizarlo, a menos que no haya desaparecido en términos objetivos el interés del acreedor o que tal obtención no exponga al deudor a la lesión de derechos fundamentales o de cualquier manera preponderantes sobre el plano axiológico. Con una síntesis extremadamente efectiva, Hinestrosa aclara que el cumplimiento *in natura* no puede ser descartado mientras que no se presente una imposibilidad material, moral o jurídica, ya sea como consecuencia de la naturaleza de la obligación, como consecuencia de las grandes dificultades materiales, o incluso como consecuencia de la imposibilidad jurídica de cumplir²¹¹.

Una vez aclarada la estructura de la obligación y establecido el objeto del derecho de crédito, es posible arribar a una noción más consciente y más rigurosa de cumplimiento. A pesar de que sea sostenido por distinguidos autores, el cumplimiento no puede identificarse solamente con la realización del contenido de la obligación, “de donde normalmente se desprende el efecto extintivo del derecho del acreedor; sin que de dicho efecto exista una absoluta necesidad lógica o concomitancia cronológica”²¹². En efecto, el cumplimiento consiste en la realización del resultado esperado, o sea en la obtención del bien

210 En tal sentido, *cfr.*, con respecto al ordenamiento chileno, ALESSANDRI RODRIGUEZ A. *Teoría de las obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar y Cono Sur, 1988, pp. 69 ss.

211 HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., p. 116.

212 NICOLÒ, R. “Adempimento (diritto civile)”, cit., pp. 555-556, quien aclara ulteriormente que “a pesar de ser cierto que la posición pasiva ocupada por el deudor en el ámbito de la relación obligatoria se encuentra vinculada al bien debido, todo nuestro sistema indica como contenido de la obligación del deudor un compromiso, un comportamiento, una actividad personal, en definitiva la *prestazione*, entendida en sentido subjetivo: de otra manera no se entenderían normas como el art. 1176, que establece un particular deber de diligencia del deudor. En realidad, el deudor está obligado a imprimirle a su comportamiento una destinación tendiente hacia el resultado de la realización del derecho del acreedor, pero no constituye momento lógicamente esencial la producción efectiva del resultado. Punto característico, aunque no

final por medio de la conducta instrumental debida por el deudor. Es la deuda que se vacía con el crédito, llevando a cabo su objeto.

Cualquiera sea el dispositivo que produzca la realización del crédito mediante instrumentos diferentes de la mediación necesaria de la prestación del deudor (arts. 1180 y 2930 cc. it.), aunque satisfagan el interés del acreedor, no constituye cumplimiento. Lo mismo puede decirse con relación a los dispositivos que determinan la liberación del deudor a pesar de prescindir de la realización del objeto del derecho de crédito (arts. 1189 y 1210 c.c. it.). En efecto, el cumplimiento implica la correlación entre realización del objeto del derecho de crédito y liberación de la deuda²¹³. Al respecto, no se puede dejar de recordar el razonamiento magistral de Mengoni:

Es innegable que, bajo el enfoque material-teleológico, solo aparece necesario el término final, mientras que son indiferentes los términos intermedios, constituidos por los actos debidos por el deudor, cuando pueden ser sustituidos por otra serie de medios, como por ejemplo la actividad de un tercero, igualmente adecuados para la obtención del fin. Pero esta valoración no es reproducible desde el punto de vista jurídico. La calificación formal, efectuando una elección entre los posibles medios, atribuye al comportamiento del deudor el carácter de *necessitas giuridica*, es decir de regla directiva, y por ello solamente mediante una actividad conforme a la regla es cumplida la obligación. En efecto, el cumplimiento implica esencialmente la idea de “regulado”, siendo el criterio exclusivo de regulación la norma jurídica, así que el cumplimiento se verifica con base en un criterio doble, que corresponde a los dos términos de la relación obligatoria en los que se manifiesta la norma. Coordinar la *solutio* del vínculo a la realización del resultado, independientemente de la realización de la obligación, significa, en palabras escuetas, transformar la obligación en una figura de garantía, lo que el mismo Hartmann, con una energía verbal igual a la incoherencia sustancial, se ha negado a admitir²¹⁴.

exclusivo, de la obligación del deudor es, por lo tanto, el deber de *prestare*, la necesidad de tener un determinado comportamiento” (*ibidem*, p. 555).

213 En este sentido, v. también ALBANESE, A. *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, cit., p. 43 ss.

214 MENGONI, L. “L’oggetto della obbligazione”, cit., p. 183.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. *The Code Napoléon Rewritten*. French Contract Law after the 2016 Reforms, editado por J. Cartwright y S. Whittaker, Portland, Oregon, 2017.
- ADDIS, F. “Risarcimento del danno contrattuale. Riflessioni su ‘Sistema e prospettive nell’interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa’ secondo Stefan Grundmann”, *Diritto e giurisprudenza*, 2007.
- ADDIS, F. *Il “mutamento” nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milán, Giuffrè, 2013.
- ADRIANO, C. “Pagamento al creditore apparente”, en *Trattato delle obbligazioni*, dirigido por Garofalo, L. y Talamanca, M., *La struttura e l’adempimento*, t. V: *La liberazione del debitore*, a cargo de Talamanca, M. y Maggiolo, M., Padua, Cedam, 2010.
- AGHINA, G. “Il destinatario del pagamento e il pagamento al creditore apparente”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966.
- ALBANESE, A. *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, Tricase (Le), Libellula edizioni, 2014.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. *Teoría de las obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar y Cono Sur, 1988.
- ALLARA, M. “La prestazione in luogo dell’adempimento (datio in solutum)”, *Annali del Seminario giuridico dell’Università di Palermo*, XIII, Palermo, Giappichelli, 1927.
- ANDREOLI, G. *Contributo alla teoria dell’adempimento*, Padua, 1937.
- ANDRONICO, A. *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Milán, Giuffrè, 2002.
- ANELLI, F. *Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore*, Milán, Giuffrè, 1990.
- BARASSI, L. *La teoria generale delle obbligazioni*, III: *L’attuazione*, 2.^a ed., Milán, Giuffrè, 1948.
- BARASSI, L. “Se e quando lo sciopero sia forza maggiore ai sensi dell’art. 1226 cod. Civ.”, en *Addizione a Baudry Lacantinerie G.- Wahl, A, Del contratto di locazione*,

en *Trattato teorico pratico di diritto civile*, dirigido por Baudry Lacantinerie, G, II, 2, trad. it, Milán, casa editrice dott. Francesco Vallardi.

BARASSI, L. *La teoria generale delle obbligazioni*, I: *La struttura*, Milán, Giuffrè, 1946.

BARBA, V. “Sub art. 1197- Prestazione in luogo dell’adempimento”, en *Commentario del codice civile*, dirigido por Gabrielli, E., *Delle obbligazioni*, a cargo de Cuffaro, V., artt. 1173-1217, Turín, UTET, 2012.

BARBERO, D. “Il credito nel sistema dei rapporti giuridici”, en *Studi di teoria generale del diritto*, Milán, Giuffrè, 1953.

BARBERO, D. “Il diritto soggettivo”, *Foro italiano*, 1939, IV, y ahora en *Studi di teoria generale del diritto*, Milán, Giuffrè, 1953.

BARCELLONA, M. “Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno”, *Riv. crit. dir. Priv.*, 2005.

BARCELLONA, M. *Critica del nichilismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2006.

BELLISSENT, J. *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*. À propos de évolution des ordres de responsabilité civile, París, LGDJ, 2001.

BERMAN, H. *Law and Revolution*, II: *The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.) y Londres, Harvard University Press, 2003, traducción en italiano: *Diritto e rivoluzione*, II: *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Bolonia, Il Mulino, 2010.

BERMAN, H. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, traducción en italiano: *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bolonia, Il Mulino, 1998.

BESSONE, M. y D'ANGELO, A. “Adempimento”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1988.

BETTI, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, I: *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milán, Giuffrè, 1953.

BETTI, E. *Teoria generale dell'obbligazione*, II: *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milán, Giuffrè, 1953.

- BETTI, E. “Il concetto dell’obbligazione costruito dal punto di vista dell’azione”, *Studi nelle Scienze giur. e soc. della R. Univ. di Pavia*, v, 1919, ahora republicado en *Diritto sostanziale e processo*, Milán, 2006.
- BIANCA, C. M. *Diritto civile*, 3: *Il contratto*, Milán, Giuffrè, 1987.
- BIANCA, C. M. *Dell’inadempimento delle obbligazioni. Commentario del codice civile*, a cargo de Sciajola, A. y Branca, G., Bolonia y Roma, Zanichelli e Il Foro Italiano, 1979.
- BIANCA, M. *Diritto civile*, 4: *L’obbligazione*, Milán, Giuffrè, 1993.
- BIGLIAZZI GERI, L. “Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968.
- BIGLIAZZI GERI, L. *Buona fede nel diritto civile*, en *Digesto delle discipline privatistiche*, secc. civ, II, Turín, UTET, 1988.
- BIGLIAZZI GERI, L. *L’interpretazione del contratto*, arts. 1362-1371, en *Il Codice civile. Commentario Schlesinger*, dirigido por Busnelli, F. D., reimpresso con prefacio, notas de actualización y bibliografía a cargo de Calderai, V., Milán, Giuffrè, 2013.
- BILOTTI, E. “La prestazione in luogo dell’adempimento”, en *Trattato delle obbligazioni*, dirigido por Garofalo, L. y Talamanca, M., II: *I modi di estinzione*, dirigido por Burdese, A. y Moscati, E., Padua, Cedam, 2008.
- BIRKS, P. *Rights, Wrongs, and Remedies*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000.
- BIRKS, P. *The Roman Law of Obligations*, dirigido por Descheemaeker, E., Oxford, Clarendon Press, 2014.
- BIRKS, P. *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford, Clarendon Press, 1985.
- BIRKS, P. *Unjust Enrichment*, Oxford, Clarendon Press, 2003.
- BRASIELLO, U. “Obbligazione (diritto romano)”, en *Novissimo Digesto italiano*, XI, Turín, UTET, 1965.
- BRECCIA, U. “Le obbligazioni”, Milán, Giuffrè, 1991.
- BRECCIA, U. *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, Giuffrè, 1968.

- BRINZ, A. “Der Begriff der ‘obligatio’”, en *Grünhut’s Zeitschrift*, 1, 1874.
- BRINZ, A. *Lehrbuch der Pandekten*, II, t. 1, Erlangen, Verlag von Andreas Deichert, 1879.
- BRUGI, G. “Pagamento al creditore apparente”, *Rivista diritto commerciale*, 1915, II, 686 ss.; Ascoli, A. “Pagamento a terzo possessore del crédito”, *Rivista diritto civile*, 1915.
- BURDESE, A. “Exceptio doli (diritto romano)”, en *Novissimo Digesto italiano*, IV, Turín, UTET, 1960.
- BUSNELLI, F. D. y NAVARRETTA, E. “Abuso del diritto e responsabilità civile”, en *Diritto privato 1997*, III, *Abuso del diritto*, Padua, Cedam, 1998.
- BUSNELLI, F. D. “Itinerari europei nella ‘terra di nessuno’ tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte”, *Contratto e impresa*, 1991, maggio-agosto.
- CALDERAI, V. *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Turín, Giappichelli, 2008.
- CAMILLERI, E. *Imputazione di pagamento. Datio in solutum. Quietenza, Artt. 1193-1200. Il Codice Civile. Commentario*, fundado por Schlesinger, P., dirigido por Busnelli, F. D., Milán, Giuffrè, 2017.
- CAMILLETTI, F. “Il pagamento al creditore apparente”, *Contratto e impresa*, 1999,
- CANNATA, C. A. “L’adempimento delle obbligazioni”, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por Rescigno, P., IX, Turín, UTET, 1984.
- CANNATA, C. A. “Sulle fonti delle obbligazioni”, en Visintini, G. (dir.), *Trattato della responsabilità contrattuale. Inadempimento e rimedi*, Padua, 2009, 60 ss.
- CANNATA, C. A. “Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi. (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile del 1942)”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981.
- CAPITANT, H. “Les effets des obligations”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1932.
- CARBONNIER, J. *Droit civil*, IV: *Les obligations*, París, PUF, 2000.
- CARDILLI, R. *L’obbligazione di “praestare” e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A. C. – II Sec. d. C.)*, Milán, Giuffrè, 1995.

- CARNELUTTI, F. “Appunti sulle obbligazioni”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1915, I.
- CARPINO, B. *Del pagamento con surrogazione. Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna y Roma, Zanichelli, 1988.
- CARUSI, F. “Correttezza (Obblighi di)”, en *Enciclopedia del diritto*, x, Milán, Giuffrè, 1962.
- Cas. 9 julio 1984, n. 4020, en *Mass. Giur. It.*, 1984.
- CASTRONOVO, C. “Sub art. 1176”, en *Commentario al codice civile*, dirigido por Cendon, P. IV, arts. 1173-1654, Título I, Delle obbligazioni, Turín, UTET, 1991.
- CASTRONOVO, C. *Eclissi del diritto civile*, Milán, Giuffrè, 2015.
- CASTRONOVO, C. “Alle origini della fuga dal codice. L’assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi”, *Jus*, 1985.
- CASTRONOVO, C. “Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema”, *Europa e diritto privato*, 2006.
- CASTRONOVO, C. “Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria”, *Jus*, 1981.
- CASTRONOVO, C. “Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore”, *Europa e diritto privato*, 2004.
- CASTRONOVO, C. “La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale”, *Europa e diritto privato*, 2011.
- CASTRONOVO, C. “Liability between Contract and Tort”, en *Perspectives of Critical Contract Law*, editado por Wilhelmsson Th., Aldershot, Dartmouth, 1993.
- CASTRONOVO, C. “Profili della responsabilità medica”, en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, v: *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milán, Giuffrè, 1998.
- CASTRONOVO, C. “Obblighi di protezione e tutela del terzo”, *Jus*, 1976.
- CASTRONOVO, C. *Responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 2018.

- CASTRONOVO, C. “Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza”, en *Le operazioni bancarie*, dirigido por Portale, G. B., I, Milán, Giuffrè, 1978.
- CATTANEO, G. “Buona fede obbiettiva e abuso del diritto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971.
- CATTANEO, G. *Della mora del creditore, Art. 1206-1217. Commentario del codice civile*, a cargo de Scialoja, A. y Branca, G., Bolonia y Roma, Zanichelli e Il Foro Italiano, 1973.
- CATTANEO, G. *La cooperazione de creditore all'adempimento*, Milán, Giuffrè, 1964.
- CECCHERINI, G. “Il principio di apparenza secondo la giurisprudenza”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977.
- CERDONIO CHIARAMONTE, G. *L'obbligazione del professionista intellettuale. Tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padua, Cedam, 2008.
- CHANTEPIE, G. y LATINA, M. *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, París, Dalloz, 2016.
- CHESSA, C. *L'adempimento*, Milán, Giuffrè, 1996.
- CIAN, G. “Pagamento”, en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIII, Turín, UTET, 1995.
- CIAN, G. “La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti”, *Rivista di diritto civile*, 2002.
- CICALA, R. *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Nápoles, Jovene 1953, reimpr, Nápoles, ESI.
- CICU, A. *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milán, Giuffrè, 1948.
- COLOMBATTO, M. “Creditore apparente”, en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, V, Turín, UTET, 1989.
- COMPORTI, M. *Contributo allo studio del diritto reale*, Milán, Giuffrè, 1977.
- CORRIAS, P. *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milán, Giuffrè, 2006.
- COVIELLO JR., L. *L'obbligazione negativa (Contributo alla teoria delle obbligazioni)*, Nápoles, SIEM, 1931, reimpr, Nápoles, ESI, 1978.

- D'ANGELO, A. *Lezioni di diritto civile. Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, Turín, Giappichelli, 2014.
- DAMIANI, E. “Sub art. 1189 – Pagamento al creditore apparente”, en *Commentario del codice civile*, dirigido por Gabrielli, E., *Delle obbligazioni*, a cargo de Cuffaro, V., artt. 1173-1217, Turín, UTET, 2012.
- DAMIANI, E. “sub art. 1191 – Pagamento eseguito da un incapace”, en *Commentario del codice civile*, dirigido por Gabrielli, E., *Delle obbligazioni*, dirigido por Cuffaro V., artt. 1173-1217, Turín, UTET, 2012.
- DELEBECQUE, P. “L'évolution de la responsabilité en France”, en *Europa e diritto privato*, 1999.
- DELLACASA, M. *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Turín, Giappichelli, 2013.
- DELLACASA, M. “La cooperazione all'adempimento e rimedi a tutela del debitore”, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu, A. y Messineo, L., dirigido por Mengoni, L., continuado por Schlesinger, P., Roppo, V. y Anelli, F., Milán, Giuffrè, 2019.
- DEMOGUE, R. *Traité des obligations en général*, v, París, Librairie Arthur Rousseau, 1925.
- DESHAYES, O., GENICONY, Th. y LAITHIER, M. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Commentaire article par article, París, LexisNexis, 2016.
- DI GIANDOMENICO, G. “La lesione del rapporto giuridico”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2008, 1.
- DI MAJO, A. “Delle obbligazioni in generale”, en *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, dirigido por Galgano, F., art. 1173-1176, Bolonia y Roma, Zanichelli e Il Foro Italiano, 1988.
- DI MAJO, A. “Pagamento (diritto privato)”, en *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milán, Giuffrè, 1981.
- DI MAJO, A. “Dell'adempimento in generale. Commentario del codice civile Scialoja-Branca, sub art. 1189, Bolonia y Roma, Zanichelli, 1994.
- DI MAJO, A., “Forme e tecniche di tutela”, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, editado por Mazzamuto, S., I, Nápoles, Jovene, 1989.

- DI MAJO, A. “Il linguaggio dei rimedi”, *Europa e diritto privato*, 2005.
- DI MAJO, A. “La protezione del terzo tra contratto e torto”, *Europa e diritto privato*, 2000.
- DI MAJO, A. “Obbligazione. I) Teoria generale”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, 1990.
- DI MAJO, A. “Obblighi di protezione”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, 1990.
- DI MAJO, A. *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, *ivi*, 2004.
- DI MAJO, A. *La responsabilità contrattuale*, Turín, Giappichelli, 2007.
- DI MAJO, A. *La tutela civile dei diritti*, cuarta edición, Milán, Giuffrè, 2003.
- DI MAJO, A. *Le tutele contrattuali*, Turín, Giappichelli, 2009.
- DI MAJO, A. *Rimedi e dintorni*, *ivi*, 2015.
- DI MAJO, A. *Dell’adempimento in generale. Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bolonia y Roma, Zanichelli e Il Foro Italiano, 1994.
- DI MARZIO F. “Sul discorso giuridico ai tempi del postmoderno. (Spunti dal memento pratico sul fallimento)”, *Politica del diritto*, 2005.
- DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II: *Las relaciones obligatorias*, 6.^a edición, Madrid, Thomson Civitas, 2008.
- DOLMETTA A. A. “Exceptio doli generalis”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Agg, XIII, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, 1997.
- DONELLO. *De iure civile*, lib. 15.
- ESMEIN, P. “Remarques sur des nouvelles classifications des obligations”, en *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, París, Dalloz, 1930.
- ESMEIN, P. *Obligations*, en Planiol, M. y Ripert, G., *Traité pratique de droit civil français*, VII, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.
- ESMEIN, P. “Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1933.

- FALZEA, A. “Efficacia giuridica”, en *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II: *Dogmatica giuridica*, Milán, Giuffrè, 1997.
- FALZEA, A. *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, Giuffrè, 1947, rist., 2011.
- FALZEA, A. “Apparenza”, en *Enciclopedia del diritto*, II, Milán, Giuffrè, 1958.
- FAURE ABBAD, M. *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, París, LGDJ, 2003, 242 ss.; GENICOT, G. *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- FERRI, G. “La legittimazione all’esercizio del diritto cartolare”, *Banca borsa e titoli di credito*, 1935, I.
- FERRI, G. B. *Il negozio giuridico*, 2.^a edición, Padua, Cedam, 2004.
- FERRONI, L. *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Nápoles, ESI, 1983.
- FINAZZI, G. “La struttura e l’adempimento”, t. IV: *Correttezza e buona fede*, en *Trattato delle obbligazioni*, dirigido por Garofalo, L., Padua, Wolters Kluwer y Cedam, 2018.
- FLUME, W. *Eigenschaftsirrthum und Kauf*, Münster, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1948.
- FONDRIESCHI, A. “Prestazione”, en *Digesto discipline privatistiche, sez. civ, agg, t. II*, Turín, UTET, 2007.
- FRANZESE, L. “Mondializzazione dell’economia e diritto sociale”, *Rivista di diritto civile*, 2010.
- FRANZONI, M. *Degli effetti del contratto*, II: *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, Arts. 1374–1381. *Il Codice civile. Commentario*, iniciado por P. Schlesinger, continuado por F. D. Busnelli, Milán, Giuffrè, 2013.
- FROSSARD, J. *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, *passim*; VINEY, G. “Les conditions de la responsabilité”, en *Traité de droit civil*, dirigido por Ghestin, J., París, LGDJ, 1982.
- GAMBINO, F. “Il rapporto obbligatorio”, en *Trattato di diritto civile. Le obbligazioni*, I: *Il rapporto obbligatorio*, dirigido por Sacco, R., Turín, UTET, 2015.

- GARBAGNATI, E. *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milán, Giuffrè, 1942.
- GAROFALO, L. y VIARO, S. “Sull’eccezione di dolo generale”, en *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, dirigido por Garofalo, L., Padua, Cedam, 2015.
- GIORGIANI, M. “Pagamento (dir. civ.)”, en *Novissimo Digesto italiano*, XII, Turín, UTET, 1965.
- GIORGIANI, M. “Pagamento”, en *Nuovo Digesto italiano*, IX, Turín, UTET, 1939.
- GIORGIANI, M. “In tema di pagamento al creditore apparente”, *Foro padano*, 1953, I.
- GIORGIANI, M. “Tutela del creditore e tutela “reale””, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, I.
- GIORGIANI, M. *L’obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milán, Giuffrè, 1968.
- GIORGIANI, M. “Creditore apparente”, en *Novissimo Digesto italiano*, IV, Turín, UTET, 1957.
- GIORGIANI, M. *L’inadempimento. Corso di diritto civile*, 3.^a edición, Milán, Giuffrè, 1975.
- GLIOZZI, E. “Postmodernismo giuridico e giuspositivismo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003.
- GRUNDMANN, S. “Risarcimento del danno contrattuale. Sistema e prospettive nell’interazione tra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa”, *Diritto e giurisprudenza*, 2005.
- GUARINO, G. “Potere giuridico e diritto soggettivo”, en *Rassegna di diritto pubblico*, 1949, reed, Nápoles, Jovene, 1990.
- HARTMANN, G. *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck u. Bau*, Erlangen, Verlag von Andreas Deichert, 1875.
- HERHOLZ, F. “Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 130, 1929.
- HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones*, I: *Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

- HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones*, II: *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- MENGONI, L. “Responsabilità contrattuale (dir. vig.)”, en *Enciclopedia del. diritto*, XXXIX, Milán, Giuffrè, 1988, ahora en *Scritti*, II: *Obbligazioni e negozio*, dirigido por Castronovo, C., Albanese, A. y Nicolussi, A., Milán, Giuffrè, 2011.
- IRTI, N. *Un diritto incalcolabile*, Turín, Giappichelli, 2016.
- JAYME, E. “Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica”, *Rivista di diritto civile*, 1997.
- KOHLER, J. *Annahme und Annahmeverzug*, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 17, 1879.
- KRESS, H. *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, Múnich, Beck, 1929.
- KRETSCHMAR, P. Beiträge zur Erfüllungslehre”, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 85, 1935.
- LADÉUR, K. H. “Superamento della complessità attraverso la capacità di apprendimento del diritto. L'adeguamento del diritto alle condizioni del Postmoderno. Una critica alla teoria giuridica del discorso di Jürgen Habermas”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1996.
- LAMBO, L. *Obblighi di protezione*, Padua, Cedam, 2007.
- LIPARI, N. “Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno”, *Rivista critica di diritto privato*, 1998.
- LORENZ, S. “Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo”, *Rivista di diritto civile*, 2010.
- MARCHI, A. “Le definizioni romane dell'obbligazione”, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 1917,
- MARTON, G. M. “Obligations de résultat et obligations de moyens”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1935.
- MATTEI, U. y DI ROBILANT, A. “International style e postmoderno nell'architettura giuridica della nuova Europa. Prime note critiche”, *Rivista critica di diritto privato*, 2001.

- MATTEI, U. “Sul treno (ma di chi?) con il biglietto! Qualche puntualizzazione sull’ideologia della post-modernità”, *Rivista critica di diritto privato*, 2001.
- MATTEI, U. “I rimedi”, en Alpa, G., Graziadei, M., Guarneri, A., Mattei, U., Monateri, P. G. y Sacco, R., *La parte generale del diritto, 2: Il diritto soggettivo*, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por Sacco, R., Turín, UTET, 2001.
- MAZEAUD, D. “Présentation de la réforme du droit des contrats—sous Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016”, en *Gazette du Palais*, 2016.
- MAZEAUD, D. “Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell’ordinamento francese”, *Riv. dir. Civ.*, 2016.
- MAZEAUD, H. “Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles; ‘obligations déterminées’ et ‘obligations générales de prudence et diligence’”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1936.
- MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, París, Éditions Montchrestien, 1965.
- MAZZAMUTO, S. “La nozione di rimedio nel diritto continentale”, *Europa e diritto privato*, 2007.
- MAZZAMUTO, S. “Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d’inadempimento”, *Europa e diritto privato*, 2003,
- MAZZAMUTO, S. *Il mobbing*, Milán, Giuffrè, 2004.
- MAZZAMUTO, S. y PLAIA, A. *I rimedi nel diritto privato europeo*, Turín, Giappichelli, 2012.
- MAZZAMUTO, S. “Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?”, *Europa e diritto privato*, 2018.
- MAZZAMUTO, S. “Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo”, *Europa e diritto privato*, 2004.
- MAZZAMUTO, S. “L’esecuzione forzata”, 2.ª edición, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por Rescigno, P., 20, Tutela dei diritti, t. II, Turín, UTET, 1998.
- MAZZAMUTO, S. *Il contratto di diritto europeo*, 4.ª edición, Turín, Giappichelli, 2020.
- MAZZAMUTO, S. *L’attuazione degli obblighi di fare*, Nápoles, Jovene, 1978.

- MENGONI, L. “Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1953.
- MENGONI, L. *Scritti giuridici*, II: *Obbligazioni e negozio*, a cargo de Castronovo, C., Albanese, A. y Nicolussi, A., Milán, Giuffrè, 2011.
- MENGONI, L. “Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999.
- MENGONI, L. “L’oggetto della obbligazione”, *Jus*, 1952, y ahora en *Scritti giuridici*, II: *Obbligazioni e negozio*, a cargo de Castronovo, C., Albanese, A. y Nicolussi, A., Milán, Giuffrè, 2011.
- MENGONI, L. “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’ (Studio critico)”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, ahora en *Scritti*, II: *Obbligazioni e negozio*, dirigido por Castronovo, C., Albanese, A. y Nicolussi, A., Milán, 2011.
- MENGONI, L. *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, 1079 nt. 53; REALMONTE, F. “Caso fortuito e forza maggiore”, en *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, II, Turín, UTET.
- MENGONI, L. “Spunti per una teoria delle clausole generali”, *Rivista critica del diritto privato*, 1986, 18-19, ahora en *Scritti giuridici*, I: *Metodo e teoria giuridica*, dirigido por Castronovo, C., Albanese, A. y Nicolussi, A., Milán, Giuffrè, 2011.
- MERUZZI, G. *L’exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padua, Cedam, 2005.
- MESSINETTI, D. “Processi di formazione della norma e tecniche ‘rimediali’ della tutela giuridica”, en *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, dirigido por Scalisi, V., Atti del Convegno di studio in onore di Angelo Falzea, Milán, Giuffrè, 2004.
- MESSINETTI, D. “Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali”, *Europa e diritto privato*, 2005.
- MESSINETTI, D. “La sistematica rimediale”, *Rivista critica del diritto privato*, 2011.
- MINDA, G. *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century End*, Nueva York y Londres, New York University Press, 1995, traducción al italiano a cargo de Barberis, M., *Teorie postmoderne del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 2001.

- MIRABELLI DI LAURO, A. “L’obbligazione come rapporto complesso”, *Rivista di diritto civile*, 2018.
- MITZKAIT, A. *Leistungsstörung und Haftungsbefreiung*. Ein Vergleich der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts mit dem reformierten deutschen Recht, Tübingen, 2008.
- MONATERI, P. G. “‘Jumping on someone else’s train’. Il diritto e la fine della modernità”, *Rivista critica di diritto privato*, 2001.
- MONTESANO, L. *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Nápoles, Jovene, 1953.
- MORALES, A. M. “Adaptación de Código Civil al derecho europeo: la compraventa”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, 2003.
- MOSCATI, E. “Profili attuali degli obblighi di protezione nel diritto italiano e nel diritto europeo”, en *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Nápoles, Jovene, 2011.
- MOSCATI, E. “Del pagamento dell’indebito”, en *Commentario del codice civile*, a cargo de Scialoja, A. y Branca, G., Bolonia y Roma, Zanichelli, 1981.
- MOSCATI, E. *La disciplina generale delle obbligazioni*, Turín, Giappichelli, 2015.
- MOSCATI, E. “La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità”, *Rivista di diritto civile*, 2016.
- MOSCHELLA, R. *Contributo alla teoria dell’apparenza giuridica*, Milán, Giuffrè, 1973.
- NATOLI, U. “Adempimento, atto dovuto, negozio giuridico”, en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, Milán, Giuffrè, 1978.
- NATOLI, U. *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1: *Il comportamento del creditore*, Milán, Giuffrè, 1974.
- NATOLI, U. *Il diritto soggettivo*, Milán, Giuffrè, 1943.
- NEME VILLARREAL, M. L. “El principio de buena fede en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, 2006, II.
- NEME VILLARREAL, M. L. *La buena fe en el derecho romano. La extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

- NICOLÒ, R. “Adempimento (diritto civile)”, en *Enciclopedia del diritto*, I, Milán, Giuffrè, 1958.
- NICOLÒ, R. *Della responsabilità patrimoniale, Art. 2740-2899. Commentario del codice civile*, dirigido por Scialoja, A. y Branca, G., Bolonia y Roma, Zanichelli e Il Foro Italiano, 1955.
- NICOLÒ, R. *L'adempimento del debito altrui*, Milán, Giuffrè, 1936, reedición inalterada, Nápoles, ESI, 1978.
- NICOLUSSI, A. *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milán, Giuffrè, 1998.
- NICOLUSSI, A. “Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi”, *Europa e diritto privato*, 2006.
- NICOLUSSI, A. “Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico”, *Danno e responsabilità*, 2008.
- NICOLUSSI, A. “Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche”, *Europa e diritto privato*, 2003.
- NIVARRA, L. “La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza”, *Europa e diritto privato*, 2000.
- NIVARRA, L., “La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta”, *Europa e diritto privato*, 2012.
- NIVARRA, L. “Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?”, *Europa e diritto privato*, 2015.
- NIVARRA, L. “I rimedi specifici”, *Europa e diritto privato*, 2011.
- ORLANDO CASCIO, S. *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, Milán, Giuffrè 1938.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G. *Régimen general de las obligaciones*, 8.^a edición, Bogotá, Temis, 2008.
- OSTI, G. “Contratto”, en *Novissimo Digesto italiano*, IV, Turín, UTET, 1959.
- PACCHIONI, G. “Il concetto dell'obbligazione”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1924, I.

PACIFICO, M. *Il danno nelle obbligazioni*, Nápoles, Jovene, 2009.

PATTI, S. *Ragionevolezza e clausole generali*, 2.^a edición, Milán, Giuffrè, 2016.

PELLIZZI, G. L. “Exceptio doli (diritto civile)”, en *Novissimo Digesto italiano*, Turín, UTET, 1960.

PÉREZ VIVES, A. *Teoría general de las obligaciones*, I, II y III, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1950-1951.

PERLINGIERI, P. “Il ‘giusto rimedio’ nel diritto civile”, *Il giusto processo civile*, 2011.

PERLINGIERI, P. “Dei modi di estinzione dell’obbligazione diversi dall’adempimento”, en *Commentario del codice civile*, a cargo de Scialoja, A. y Branca, G., Bolonia y Roma, Zanichelli e Il Foro Italiano, 1975.

PERLINGIERI, P. *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

PIRAINO, F. “Il pagamento al creditore apparente nella prospettiva di un diritto europeo dell’obbligazione”, *Europa e diritto privato*, 2009.

PIRAINO, F. “Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale”, *Europa e diritto privato*, 2011.

PIRAINO, F. *La buona fede in senso oggettivo*, Turín, Giappichelli, 2015.

PIRAINO, F. “Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale”, *Foro italiano. Gli speciali*, 2020.

PIRAINO, F. “Corsi e ricorsi delle obbligazioni ‘di risultato’ e delle obbligazioni ‘di mezzi’: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza”, *Contratti*, 2014.

PIRAINO, F. “Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell’onere della prova”, *Giurisprudenza italiana*, 2019.

PIRAINO, F. “L’adempimento in natura alla luce della riforma del Code civil”, *Giurisprudenza italiana*, 2018.

PIRAINO, F. “La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia”, *Europa e diritto privato*, 2006.

- PIRAINO, F. “Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell’inadempimento incontrovertibile e dell’inadempimento controvertibile”, *Europa e diritto privato*, 2008.
- PIRAINO, F. “Il divieto di abuso del diritto”, *Europa e diritto privato*, 2013.
- PIRAINO, F. “L’adempimento del terzo e l’oggetto dell’obbligazione”, *Rivista di diritto civile*, 2011, II.
- PIRAINO, F. *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Nápoles, Jovene, 2011.
- PIRAINO, F. *El cumplimiento de la obligación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020
- PLAIA, A. *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Padua, Cedam, 2000.
- POLACCO, V. *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Roma, Athenaeum, 1915.
- POTHIER, R. J. *Opere contenenti i trattati del diritto francese. Obbligazioni*, Livorno, Tipografia Vignozzi, 1835.
- PUGLIATTI, S. *Diritto civile* (saggi), Milán, Giuffrè, 1951.
- PUGLIATTI, S. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, Giuffrè, 1935.
- PUGLIESE, G. *Actio e diritto soggettivo*, Milán Giuffrè, 1939, reimpr, Nápoles, Jovene, 2006.
- RANIERI, F. “Eccezione di dolo generale”, en *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Turín, 1991.
- RÉMY, PH., “Critique du système français de responsabilité civile”, en *Droit et Cultures*, 1996.
- RÉMY, PH., “La ‘responsabilité contractuelle’: histoire d’un faux concept”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997.
- RESCIGNO, P. “Obbligazioni (diritto privato)”, en *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milán, Giuffrè, 1979.
- RESCIGNO, P. *Incapacità naturale e adempimento*, Nápoles, Jovene, 1950, reimpr, Nápoles, ESI, 1982.

- RESTIVO, C. *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milán, Giuffrè, 2007.
- RODOTÀ, S. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, Giuffrè, 2004.
- RODOTÀ, S. "Dazione in pagamento (diritto civile)", en *Enciclopedia del diritto*, XI, Milán, Giuffrè 1962, 734 ss.
- RODOTÀ, S. "Diligenza (dir. civ.)", en *Enciclopedia del diritto*, XII, Milán, Giuffrè, 1964.
- ROMEO, C. *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milán, Giuffrè, 2008.
- ROPPO, V. "Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?", *Lavoro e diritto*, 2017.
- ROPPO, V. "Spunti in tema di responsabilità 'pericontrattuale'. Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul Lodo Mondadori", *Responsabilità civile e previdenza*, 2014.
- ROPPO, V. "Il contratto", segunda edición, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por Iudica, G. y Zatti, P. Milán, Giuffrè, 2011.
- SCALISI, V. "Per un'ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia", *Rivista di diritto civile*, 2014.
- SCALISI, V. "Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità", *Rivista di diritto civile*, 2005.
- SCALISI, V. "Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici", *Rivista di diritto civile*, 2018.
- SCHLESINGER, P. *Il pagamento al terzo*, Milán, Giuffrè, 1961.
- SCHLESINGER, P. "Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959.
- SCHLESINGER, P. "La ratifica del pagamento effettuato al non creditore", *Rivista di diritto civile*, 1959, I.
- SICCHIERO, G. "La prestazione in luogo dell'adempimento", *Contratto e impresa*, 2002.
- SIRENA, P. y ADAR, Y. "La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo", *Rivista di diritto civile*, 2012.

- SPADAFORA, A. *Profili dell'atto solutorio non dovuto*, Milán, Giuffrè, 1996.
- STARCK, B., ROLAND, H. y BOYER, L. *Droit civil. Les Obligations. 2: Contrat*, 6.^a edición, París, Litec, 1998.
- TALAMANCA, M. "Obbligazioni (diritto romano)", en *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milán, Giuffrè, 1979.
- TORRENTE, A. "Eccezione di dolo", *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milán, Giuffrè, 1965.
- TUNC, A. "La distinction des obligations de résultat et obligations de diligence", *Semaine Juridique (JCP)*, 1945, I, n. 449.
- TUNC, A. "La distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza", *Nuova Rivista del diritto commerciale*, I, 1947-1948.
- TURCO, C. *L'adempimento del terzo*, en *Il Codice Civile. Commentario*, dirigido por Schlesinger, P., Milán, Giuffrè, 2002.
- UDA, G. M. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Turín, Giappichelli, 2004.
- VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A. *Derecho civil, III: De las obligaciones*, 9.^a edición, Bogotá, Temis, 2004.
- VELLUZZI, V. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milán, Giuffrè, 2010.
- VENUTI, M. C. *I soggetti del pagamento, Artt. 1188-1192. Il Codice Civile. Commentario*, fundado por Schlesinger, P., Milán, Giuffrè, 2018.
- VIARO, S. "Abuso del diritto ed eccezione di dolo genarale", en Garofano, L. (dir.), *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padua, 2006.
- VIDAL OLIVARES, A. "Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista", *Revista Chilena de Derecho*, 2007.
- VINCENTI, U. *Obbligazioni, contratti, illeciti civili*, en Cantarella, E., Cappellini, P., Marotta, V., Santalucia, B., Schiavone, A., Spagnuolo Vigorita, T. y Vincenti, U., *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cargo de Schiavone, A., Turín, Einaudi, 2003.

- VISINTINI, G. *Inadempimento e mora del debitore*, Arts. 1218-1222, *Il Codice Civile. Commentario*, fundado por Schlesinger, P., dirigido por Busnelli, F. D., Milán, Giuffrè, 2006.
- VON SAVIGNY, F. C. *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlín, Veit, 1840-1949, trad. it. de V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Turín, Unione tipografico-editrice, 1886-1898.
- WESTERMANN, H. P., BYDLINSKI, P. y WEBER, R. *BGB – Schuldrecht*, Allgemeiner Teil, Heidelberg, 2010.
- WIEACKER, F. *Das Bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen*, en *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M., Fischer Athenäum Taschenbuch Verlag, 1974.
- ZACCARIA, A. “Il diritto privato europeo nell’epoca del postmoderno”, *Rivista di diritto civile*, 1997.
- ZACCARIA, A. *La prestazione in luogo dell’adempimento tra novazione e negozio estintivo del rapporto*, Milán, Giuffrè, 1987.
- ZANCHI, G. “Sub art. 1210 – Facoltà di deposito e suoi effetti liberatori”, en Cuffaro, V. (coord.), *Commentario del codice civile*, dirigido por Gabrielli, E., *Delle obbligazioni*, arts. 1173-1217, Turín, UTET, 2012.
- ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford y Nueva York, Clarendon Press, 1996, I.
- ZIMMERMANN, R. *The new German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2005.
- ZOZ, M. G. “Eccezione di dolo generale e ‘replicatio doli’”, en *L’eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, dirigido por Garofalo, L., Padua, Cedam, 2006.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H. *Introduzione al diritto comparato*, II: *Istituti*, ed. it. dirigida por Di Majo, A. y Gambaro, A. Milán, Giuffrè, 2011.

Carlos Alberto Chinchilla Imbett

Doctor en Derecho Civil de la Universidad de Génova. Profesor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia.

Mauro Grondona

Doctor en Derecho Privado de la Universidad de Pisa. Profesor Ordinario de la Universidad de Génova, Italia.

La inejecución del contrato constituye aquel evento incierto que acaece luego de la celebración del contrato, evento que deberá ser combatido por las partes con el fin de proteger los intereses inmersos en la relación negocial. De hecho, el sistema jurídico predispone de un conjunto de tutelas, acciones o derechos dirigidos a garantizar la correlación entre el sacrificio de cada parte y el buen éxito de su expectativa y ofrece remedios que buscan la corrección en caso de malfuncionamiento del contrato, todo con el fin de permitir el restablecimiento del sinalagma y la tutela de los intereses de las partes.

El presente libro contiene un conjunto de reflexiones en torno al incumplimiento, cuya construcción se hace de forma armónica y sistemática, de manera que se explique y analice el sistema de nociones que circundan la problemática de la inejecución del contrato, así como los aspectos más relevantes de los remedios que disponen las partes para lograr su tutela frente al incumplimiento, basados en la doctrina civilista más relevante y el análisis crítico de la jurisprudencia que se ha ocupado de dichos temas.

La obra inicia con una introducción en la que se tratan los problemas y las perspectivas en materia remedial. Posteriormente los temas están organizados en cuatro partes. La primera desarrolla los aspectos relativos a la ejecución y la inejecución del contrato; la segunda, los remedios que tienen como finalidad la conservación del contrato; la tercera, los remedios que buscan la terminación del vínculo contractual; y, finalmente, algunos instrumentos que consiguen el restablecimiento del vínculo luego de aplicado el remedio y la protección de la parte afectada por el incumplimiento.

Este libro constituye un insumo importante para la doctrina civil, elaborado por profesores de las universidades de Génova, Pavia y Palermo y por profesores de la Universidad Externado de Colombia, lo cual no solo representa una manera de repensar el sistema remedial, sino una muestra del trabajo fraterno y conjunto de las doctrinas italiana y colombiana, ambas preocupadas por cumplir con la labor de elaborar soluciones razonables, equilibradas y pragmáticamente eficaces en materia contractual, de manera que se cumpla con la finalidad del derecho de ser una ciencia práctica que busca lo justo y lo bueno.

