



Mario Castillo Freyre<sup>(\*)</sup> y Gino Rivas Caso<sup>(\*\*)</sup>

# La **diligencia** y la **inejecución** de las obligaciones

## *Diligence and non-performance of obligations*

**Resumen:** El autor desarrollo inicialmente el concepto de diligencia para luego comprender el papel del mismo en el Derecho de las Obligaciones. De esa forma, analiza y comenta las distintas concepciones que han habido sobre diligencia. Acto seguido se analiza el trato que le da nuestro Código Civil, para entender su pertinencia al momento de analizar el tema de la inejecución de las obligaciones.

**Palabras Claves:** Diligencia - Obligaciones - Caso Fortuito - Fuerza Mayor - Culpa - Incumplimiento no imputable

**Abstract:** The author develops the concept of diligence in order to understand its role in the Law of Obligations. In that way, he comments the different conceptions about diligence. Then, he analyzes how the diligence is regulated in the Peruvian Civil Code. In that way he connects the concept of diligence with the topic of failure of obligations.

**Keywords:** Diligence - Obligations - Fortuitous Event - Force Majeure - Guilt-Non attributable non-performance

Este trabajo se enfoca en el concepto de la diligencia y su papel en la responsabilidad por inejecución de obligaciones. Así, empezamos con una introducción en la que definiremos, de manera general, el concepto de diligencia y explicaremos el papel que juega en la inejecución de obligaciones.

---

(\*) Magister y Doctor en Derecho. Abogado en ejercicio. Socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias y de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio.

(\*\*) Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de docencia de Bases Romanistas del Derecho Civil en la misma casa de estudios. Practicante en el Estudio Mario Castillo Freyre.

## 1. Introducción

### 1.1 ¿Qué entendemos por diligencia?

La diligencia debe entenderse como cuidado, solicitud, celo, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona, etcétera<sup>(1)</sup>. Se trata pues, de la actitud *debida*, del proceder responsable en la realización de tareas.

Ahora bien, ¿qué relevancia juega este concepto en la inexecución de obligaciones? ¿Cuán importante es saber si el deudor se comportó de manera diligente o no? ¿Por qué no basta con verificar si la obligación fue cumplida efectivamente o no?

La diligencia es relevante por dos razones de naturaleza distinta.

Primero, porque está recogida en el artículo 1314 de nuestro Código Civil; y es que, aunque parezca una visión demasiado pragmática, si nuestra legislación civil no empleara el concepto de diligencia, entonces éste no revestiría mayor importancia.

La segunda razón (y la más importante) está en que el concepto de diligencia impide que nuestro ordenamiento civil, en materia de obligaciones, asigne un trato desenfocado a la verificación objetiva del cumplimiento de la obligación. ¿Acaso parecería correcto que el ordenamiento jurídico asigne las mismas consecuencias para: (i) el deudor que incumple debido a que simplemente no le vino en gana ejecutar su obligación pudiendo hacerlo; y, para (ii) el deudor que tomó todas las medidas necesarias para cumplir su obligación, pero que no pudo hacerlo debido a un factor ajeno? Luego:

“La diligencia ordinaria importa una conducta o comportamiento, pudiendo ser esta actividad negativa, que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor, es decir, el deber del deudor consiste en la ejecución de la prestación debida. El carácter subjetivo de nuestro ordenamiento está marcado, pues, por este requisito de “diligencia ordinaria”, ya que

de lo contrario, si tan sólo importase el resultado “sin considerar conducta, actividad o comportamiento alguno por parte del deudor”, sería irrelevante que el deudor hubiese actuado diligente o negligentemente, puesto que sólo se evaluaría dicho resultado, y esta evaluación devendría en objetiva. El cumplimiento o incumplimiento sería todo lo que habría que verificar a efectos de la determinación de responsabilidad”<sup>(2)</sup>.

Una visión objetiva y exclusivamente enfocada en verificar si la obligación pactada fue o no cumplida, derivaría en asignar un tratamiento igualitario para sujetos que, por su comportamiento, merecen un trato diferente. Sería tratar de la misma manera a todos los deudores, *meter en el mismo saco* al descuidado con el diligente, al malicioso con el que actúa de buena fe.

Así, se puede llegar a sostener que nuestro legislador ha querido poner énfasis no en el objetivo cumplimiento de la prestación, sino más bien en la actitud a la que está obligado el deudor para con el cumplimiento de la obligación. De este modo:

“Si se presta atención a las normas positivas, resulta evidente, sin embargo, que el legislador ha puesto el acento, ni más ni menos, en el esfuerzo al que está obligado el deudor a fin de satisfacer el interés del acreedor. Así lo demuestra la regla fundamental de *diligencia*, (...), la cual adquiere un sentido preciso sólo en clave subjetiva, es decir, si se subraya que el contenido del deber consiste, justamente, en el comportamiento al que está obligado el deudor”<sup>(3)</sup>.

(1) CABALLENAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III. Buenos Aires: Heliasta, 1989; p. 253.

(2) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra, 2008; p. 1056.

(3) GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Nápoles: ESI. 10ma. edición, 2003; pp. 564-575. Traducido por LEÓN, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Lima: Jurista Editores, 2007; p. 210.



## Mario Castillo Freyre y Gino Rivas Caso

Finalizada esta introducción, continuaremos este trabajo con: (i) un análisis integral del concepto de diligencia, esto es, del referido concepto en todo nuestro Código Civil (y no sólo en el aspecto de inejecución de obligaciones); paraluego continuar con (ii) el análisis concreto de la diligencia en la inejecución de obligaciones. Finalmente, haremos un (iii) análisis del rol de la diligencia en el aspecto probatorio de la inejecución de obligaciones.

### **2. Un análisis integral del concepto de diligencia en nuestro Código Civil**

Antes de enfocarnos en el papel de la diligencia en cuanto a la inejecución de obligaciones, haremos un análisis integral del concepto de diligencia en el Código Civil peruano de 1984. En este aspecto, comenzaremos mencionando los artículos del Código que incorporan el concepto de diligencia:

“Artículo 203.- El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de *normal diligencia* hubiese podido advertirlo”.

“Artículo 529.- El tutor está obligado a administrar los bienes del menor con la *diligencia ordinaria*”.

“Artículo 1314.- Quien actúa con la *diligencia ordinaria requerida*, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

“Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite *aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”.

“Artículo 1327.- El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la *diligencia ordinaria*, salvo pacto en contrario”.

“Artículo 1397.- Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una *diligencia ordinaria*”.

Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad”.

“Artículo 1504.- No se consideran vicios ocultos los que el adquirente pueda conocer actuando con la *diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias*”.

“Artículo 1718.- El hospedante responde como depositario por el dinero, joyas, documentos y otros bienes recibidos en custodia del huésped y debe poner en su cuidado la *diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”.

“Artículo 1738.- Son obligaciones del comodatario:

1.- Custodiar y conservar el bien con la *mayor diligencia y cuidado*, siendo responsable de la pérdida o deterioro que no provenga de su naturaleza o del uso ordinario.

[...].”

“Artículo 1819.- El depositario debe poner en la custodia y conservación del bien, bajo responsabilidad, la *diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”.

Los preceptos que consignan a la diligencia en nuestro Código emplean términos como el de *normal diligencia* (artículo 203), *diligencia ordinaria* (artículos 529, 1314, 1327 y 1397), *mayor diligencia y cuidado* (artículo 1718) y la *diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las*

## La diligencia y la inejecución de las obligaciones *Diligence and non-performance of obligations*

*circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar* (artículos 1320, 1718 y 1819).

De las normas señaladas, en una primera impresión, *podría* decirse que existe uniformidad en cuanto al concepto de diligencia. Sin embargo, el artículo 1504 del Código impide que podamos arribar a esa conclusión.

El referido artículo 1504, al plantear que “No se consideran vicios ocultos los que el adquirente pueda conocer actuando con la *diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias*” establece, con esa redacción, que la diligencia se determina también en función a caracteres personales del sujeto involucrado. Como anota Aldea Correa:

“Esta llamada mínima diligencia, debe ser determinada tomando en cuenta la aptitud personal del adquirente y las circunstancias que rodean al contrato de transferencia. Respecto de la aptitud personal, deben de considerarse los atributos personales del adquirente, que van desde su experiencia o especialidad, atravesando por evaluar su nivel socio-económico, hasta sus costumbres, con el propósito de concluir si hubo o no, negligencia en el adquirente del bien para descubrir los vicios aparentemente ocultos”<sup>(4)</sup>.

Esto deriva en que nuestro Código Civil no asigne una valoración uniforme al concepto de diligencia. Todos los artículos que emplean el referido concepto, a excepción del 1504, conciben su evaluación exclusivamente en función a factores externos (circunstancias del tiempo, de lugar, por ejemplo). Al sostener que la valoración de la diligencia también se hace de acuerdo a factores internos, el artículo 1504 elimina la posibilidad de sostener que el concepto de diligencia, en nuestro ordenamiento jurídico, sea unívoco.

Sin embargo, el citado artículo 1504 establece la valoración de la diligencia en el particular supuesto de la adquisición de bienes que tienen vicios ocultos.

Ahora vamos a enfocarnos en la inejecución de obligaciones como eje central sobre el que se desenvuelve el concepto de diligencia.

## 2. La diligencia y su rol en la inejecución de las obligaciones

### 2.1. Evolución histórica del concepto de diligencia

No es nuestra intención hacer un recuento detallado de la evolución histórica del concepto de diligencia en el cumplimiento de obligaciones. Se trata, más bien, de exponer el concepto clásico de diligencia y luego detallar brevemente las nuevas acepciones que se pretende dar al referido concepto. Veamos:

#### 2.1.1. Concepción clásica

La concepción clásica de diligencia la concibe como *medida del comportamiento del deudor en la ejecución de la prestación debida*<sup>(5)</sup>: “La diligencia ordinaria importa una conducta o comportamiento, pudiendo ser esta actividad negativa, que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor, es decir, el deber del deudor consiste en la ejecución de la prestación debida”<sup>(6)</sup>.

Es necesario precisar que éste es el sentido que nuestro Código ha adoptado, al emplear el concepto de *diligencia ordinaria requerida*, el mismo que será visto más adelante, en el análisis de nuestro ordenamiento jurídico.

#### 2.1.2. Concepción “moderna”

Frente a la concepción clásica, se ha propuesto que la diligencia abarca, pero no se limita a

(4) ALDEA CORREA, Vladik. *Comentario al artículo 1504 del Código Civil*. En: *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Contratos en general*. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica, 2004; p. 924.

(5) RODOTA, Stefano. *Voce: Diligenza (Diritto Civile)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Dott. A. Volume XII. Milán: Giuffrè Editore, 1959; p. 540.

(6) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Óp. cit.*; pp. 1055-1056.



## Mario Castillo Freyre y Gino Rivas Caso

ella, sino más bien consiste en una obligación de mayor alcance. Se la concibe como una *regla de control de los impedimentos sobrevenidos*<sup>(7)</sup>.

Como anota Fernández Cruz: “No debe dudarse que el concepto de diligencia no puede estar limitado a la medida del deber de prestación, sino que, por el contrario, está referido más bien al deber de protección involucrado en la situación jurídica subjetiva compleja del deber [...]”<sup>(8)</sup>. Bajo la concepción *moderna*, no sólo existe un deber de cuidado en la ejecución de la prestación, sino que también está presente un deber de protección. Este último tiene dos clases: (i) deberes que coadyuvan a la realización del deber central (es decir, el cumplimiento de la prestación propiamente dicha); y, (ii) deberes que tienen la función de tutelar a la persona y los bienes de la otra parte de la relación.

### 2.1.3. La acepción técnica de diligencia

Adicionalmente, se ha planteado la existencia de un nuevo concepto de *diligencia profesional*, que puede ser considerado como la evolución del concepto de diligencia. En ese sentido, a decir de Giovanna Visintini:

“En otras palabras, con la emersión del criterio de diligencia profesional se advierte una evolución del criterio de diligencia, que deja de ser una calificación de la conducta, asimilada a estándares moralistas o individualistas, y pasa a representar aplicaciones de reglas técnicas en la ejecución de deberes. Deviene, por lo tanto, un criterio objetivo y general, y no un criterio subjetivo”<sup>(9)</sup>.

Nuestro Código Civil (lo repetimos) emplea el concepto clásico de diligencia. Sobre esa base es que podemos abocarnos al estudio de la diligencia y su papel en la inexecución de obligaciones. Ahora bien, analizaremos la diligencia primero en: (i) el artículo 1314, en tanto éste establece el rol base de la diligencia en nuestro ordenamiento jurídico; y, luego en (ii) los artículos 1315 y 1320, en los que podremos explicar de manera detallada la relación que tienen los conceptos de diligencia y culpa.

### 2.2. El artículo de 1314 del Código Civil

En la inexecución de obligaciones, es necesario precisar que el punto de partida se halla en el artículo 1314 del Código Civil, que establece que: “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Aterrizamos, pues, en las consecuencias concretas de la diligencia.

Primero, es necesario señalar que el Código peruano emplea el término *diligencia ordinaria requerida*.

Segundo, la redacción del artículo es clara al establecer que, de mediar diligencia en la actuación, el deudor no es responsable por el incumplimiento total o parcial de la obligación. Empezaremos entonces por definir el concepto que emplea el artículo 1314, para luego ubicar el papel de la diligencia en la inexecución de obligaciones.

#### 2.2.1. El concepto de “diligencia ordinaria requerida”

Al inicio de este trabajo mencionamos que diligencia significa cuidado, celo en la realización de determinada actividad. Señalamos también que la diligencia, en un plano jurídico, representa una visión subjetiva en cuanto al cumplimiento de las obligaciones (esto, en tanto la visión objetiva se encuentra en la exclusiva verificación del real cumplimiento o incumplimiento).

Sin embargo, debemos tener cuidado al señalar que la diligencia, si bien se trata de una concepción subjetiva, también tiene una concepción objetiva. Así, en palabras de Yuri Vega:

(7) DI MAJO, Adolfo. *La responsabilità contrattuale*. Torino: Giappichelli Editore. 1997; p. 59.

(8) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Comentario al artículo 1314 del Código Civil*. En: *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VI: Derecho de Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica, 2004; p. 861.

(9) VISINTINI, Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Lima: ARA, 2002; p. 50.

## La diligencia y la inexecución de las obligaciones *Diligence and non-performance of obligations*

“También en el caso de la diligencia se pueden distinguir una concepción subjetiva y una posición objetiva. Con la primera se alude a los esfuerzos y energías voluntariamente desplegados por el deudor para el cumplimiento de la prestación. Con la segunda, en cambio, se juzga la conducta del deudor, *grosso modo*, sobre la base de las reglas del arte, de la ciencia y de la técnica, con arreglo a las cuales debió actuar el obligado en la relación concreta de acuerdo con las circunstancias de tiempo, personas y lugar”<sup>(10)</sup>.

Decimos que la diligencia tiene una posición *objetiva* porque la objetividad se encuentra en el hecho de que la evaluación de la diligencia no depende de los caracteres del sujeto específico involucrado. En realidad, la evaluación de la diligencia se hace a través de parámetros objetivos, pudiendo éstos ser flexibles, dependiendo de la situación concreta, pero jamás variarán en función a las aptitudes concretas del sujeto.

En ese orden de ideas, la evaluación de la diligencia se hace en función a un esquema que toma en cuenta factores exclusivamente *externos* al sujeto involucrado. El tiempo, el lugar y las costumbres, son elementos que se ponderan al momento de determinar la diligencia estándar necesaria. Debe hacerse énfasis, empero, en que ésta no puede tomar en cuenta atributos internos del sujeto involucrado en el caso concreto. Lo contrario derivaría en adoptar una teoría similar a la culpa *in concreto*<sup>(11)</sup>. En palabras de Eric Palacios:

“Pero dicho juicio de valoración (positivo o negativo) de la diligencia, tiene que realizarse sobre la base de patrones contruidos sobre un modelo objetivo o abstracto que sea externo a la persona del deudor. Lo contrario implicaría una evaluación concreta del caso particular, con la consideración de las aptitudes personales de cada deudor en una situación peculiar. Ello nos llevaría, sin duda, a

una distinta conceptualización de lo que es el ‘comportamiento diligente’ según se considere un concreto deudor titular de una específica relación obligatoria; sumergiéndonos en un grave problema de casuística, que terminaría por hacer inviable e ilusoria la tutela del crédito, que obedece a una racionalidad encaminada a la protección del interés del acreedor. Tomar en cuenta las aptitudes e intenciones del sujeto nos conduciría a otorgar excesiva relevancia a la situación deudora en detrimento de la acreedora; el mismo deudor acabaría siendo el punto de referencia sobre el cual se construirían los parámetros del ‘actuar diligente’ bajo los cuales se calificaría su propio comportamiento”<sup>(12)</sup>.

Es sobre esta base que podemos explicar las expresiones *requerida* y *ordinaria*.

En función a la palabra *requerida*, se puede decir que el legislador ha buscado establecer un concepto dúctil; y decimos dúctil, debido a que el nivel (cuantitativo) de diligencia no es exactamente el mismo en todos los supuestos de ejecución de obligaciones. La diligencia *requerida* es distinta según se trate, por ejemplo, de la obligación de entregar una caja de lapiceros o de la obligación de elaborar un ducto submarino por encargo de una empresa de saneamiento.

Ahora bien, ¿qué entendemos por ordinaria?: “(c)omún, regular y que sucede habitualmente”<sup>(13)</sup>. Entonces, podemos

- 
- (10) VEGAMERE, Yuri. *Comentarios a los artículos 1319 y 1320*. En: *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VI – Derecho de Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica, 2004; p. 909.
- (11) La culpa *in concreto* es, dentro de la responsabilidad civil extracontractual, una concepción del concepto de culpa que plantea que deben tenerse en cuenta los atributos internos del sujeto (tales como su personalidad, temperamento, nivel económico, condición social y cultural, etc.) para determinar su responsabilidad en un supuesto de daños extracontractuales. Ver: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001; pp. 141-146.
- (12) PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La diligencia y la imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones*. En: *Thémis*. Segunda época. No. 35. Lima: 1997; pp. 247 y 248.
- (13) Definición de la Real Academia Española.



## Mario Castillo Freyre y Gino Rivas Caso

entender como ordinario a aquello usual, en armonía con los usos y costumbres del momento y lugar. Luego, la diligencia ordinaria puede entenderse como *estándar*, el cuidado que uno tiene en su proceder del día a día.

¿Por qué el Código establece que corresponde una diligencia de índole *ordinaria*? Pues, porque las relaciones materiales jurídicas son ordinarias, se dan en el día a día en nuestra sociedad. Así, exigir diligencia *extraordinaria* como parámetro a seguir para cada una de las relaciones jurídicas materiales, derivaría en una carga excesiva para los deudores. En otras palabras, el Código no busca exigir un proceder extraordinario para eventos que, por su frecuencia, carecen de esa característica y son, por el contrario, ordinarios, usuales.

Por otra parte, si tomamos en cuenta lo señalado por el artículo 1320<sup>(14)</sup> del Código Civil, podemos entender a la diligencia ordinaria requerida partiendo de una definición negativa: La diligencia ordinaria requerida significa ausencia de culpa.

En ese sentido, puede decirse que la diligencia y la culpa son conceptos que se encuentran en una relación de dependencia unidireccional, esto es, que no puede hablarse de la segunda sin que eso signifique que hubo insuficiencia o inexistencia de la primera. Esta simetría nos resultará útil más adelante.

### 2.2.2. La diligencia profesional y su incorporación dentro del concepto clásico de diligencia

Es necesario precisar que la concepción clásica de diligencia que adopta nuestro Código no excluye ni se contrapone con el nuevo concepto de *diligencia profesional*. En realidad, al consignar el término *requerida*, nuestro Código concibe que, para los profesionales, la vara de la diligencia se ubique dependiendo de la actividad específica.

Así, sin duda, profesiones como la medicina, la abogacía y la ingeniería tienen una *vara especial*. Es decir, el abogado, el ingeniero y el médico poseen propios y singulares estándares de diligencia, los cuales encuadran dentro del concepto de *diligencia ordinaria requerida*. Luego:

“En el caso de los servicios profesionales el comportamiento del obligado se confrontará con la *lex artis*, es decir, con el conocimiento y ciencia que sean exigibles al profesional. Se añade que en ello gravitan el estado y desarrollo de los conocimientos con el propósito de responsabilizar al profesional que ignore los avances de la ciencia que se encuentren a su disposición”<sup>(15)</sup>.

Esto sirve para confirmar que el criterio de diligencia, si bien posee una concepción subjetiva, tiene también una concepción objetiva.

### 2.2.3. La diligencia y su rol en la inejecución de obligaciones

La inejecución de una obligación se constituye como una situación anómala en la relación obligatoria; representa (en palabras de Le Tourneau) un *desfallecimiento contractual*<sup>(16)</sup>. Las consecuencias del incumplimiento en la ejecución de una obligación dependen de la causa que originó el referido incumplimiento. Así, el incumplimiento que *escapa de las manos* del obligado (esto es, una situación ajena al control del sujeto, que le impide cumplir con su obligación) deriva en que éste no es responsable por el incumplimiento. Por otro lado, la no ejecución que se da sin que haya elemento ajeno o externo que haya impedido al sujeto cumplir con su obligación, se erige como un supuesto de incumplimiento culposo.

En otras palabras, la inejecución de obligaciones puede tener una causa (i) imputable, esto es, el sujeto encargado de la obligación incumple con ella de manera

(14) Artículo 1320.- “Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a la circunstancia de las personas, del tiempo y del lugar”.

(15) VEGA MERE, Yuri. *Óp. cit.*; p. 909.

(16) LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil*. Bogotá: LEGIS, 2004; p. 100.

## La diligencia y la inexecución de las obligaciones *Diligence and non-performance of obligations*

culposa, es decir, que fue su propio descuido el que derivó en el incumplimiento de la obligación y (ii) no imputable, que significa que hubo ausencia de culpa. Así, como afirma Giorgi:

“La obligación, por consiguiente, puede quedar incumplida, pudiendo depender el incumplimiento de dos distintos órdenes de causas: causas dependientes de un hecho del deudor y causas no dependientes de este hecho. Ahora bien; si el incumplimiento tiene por causa un hecho del deudor, produce consecuencias para el deudor mismo (...). Si, al contrario, reconoce por causa un evento extraño al deudor, las consecuencias indicadas no se realizan y la obligación queda extinguida como si no hubiese jamás nacido”<sup>(17)</sup>.

En tanto este trabajo se enfoca en la diligencia, diremos que ella se encuentra relacionada con ambos supuestos de incumplimiento. En realidad, la diligencia es fundamental a efectos de determinar la causa que dio origen al incumplimiento.

Nos explicamos. Si se prueba que el sujeto obligado obró con la debida diligencia, no hay manera de que se pueda sostener que el incumplimiento le es imputable, es decir, que obró con culpa.

Entonces, para concluir con este extremo de nuestro estudio, puede plantearse que en el incumplimiento de obligaciones, la diligencia sirve para determinar la ausencia de culpa, lo que, en última instancia, deriva en la no imputabilidad por la inexecución de la obligación.

**Diligencia → Ausencia de Culpa → Incumplimiento no imputable**

### 2.3. La diligencia y su papel en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor

El concepto de diligencia no se reduce al artículo 1314 del Código de 1984. En verdad, el referido artículo se conjuga con el siguiente, el 1315. Éste consigna que el “Caso fortuito

o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Sucede que, como hemos mencionado, el concepto de diligencia equivale al de *ausencia de culpa*. Luego, como afirma Felipe Osterling:

“Como ya se ha expresado, ambos consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor y, desde luego, independientes de su voluntad. *En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa*. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables (...)”<sup>(18)</sup>.

Nuestro legislador ha establecido que el caso fortuito o fuerza mayor significa que no hay culpa. En ese orden de ideas, se puede sostener que, más allá de si el proceder del deudor fue diligente o negligente, si se llegase a demostrar que el incumplimiento se debe a un caso fortuito o de fuerza mayor, entonces no hubo culpa alguna por parte del deudor.

Ahora bien, ¿cuál es el rol de la diligencia en el artículo 1315, antes citado?

A decir de Barassi<sup>(19)</sup>, la diligencia juega un rol relevante, dado que los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor comienzan en el punto hasta donde llega aquélla. Así, compartimos el parecer de Tunc<sup>(20)</sup>, cuando afirma que puede decirse que un caso fortuito (o de fuerza mayor) es aquél en el que existe una

(17) GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones*. Madrid: REUS, 1977; p. 29.

(18) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. En: *Biblioteca para Leer el Código Civil*. Volumen VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988; p. 199.

(19) BARASSI, Lodovico. *Teoria Generale delle Obbligazioni*. 2da. edición. Volumen III. Lima: Giuffrè, 1948; p. 267.

(20) TUNC, André. *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*. En: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. No. 43. Paris: RTD, 1945; p. 238.



## Mario Castillo Freyre y Gino Rivas Caso

fuerza que se opone a la actividad y a la prudencia estándar del deudor, y que contrarrestarla requeriría de éste un nivel de diligencia superior al exigido por la norma o la convención.

Se puede decir, entonces, que la diligencia es el parámetro sobre el cual se determinará si la situación concreta corresponderá a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

Por otro lado, es cierto que se han establecido parámetros, en apariencia objetivos, para determinar la existencia o no de un caso fortuito o de fuerza mayor. Así, se sostiene que el supuesto debe ser extraordinario, imprevisible e irresistible. Sin embargo, ni la irresistibilidad ni la imprevisibilidad son parámetros objetivos, ya que éstos también se definen en función a la diligencia estándar de la situación concreta.

### 2.3.1. La diligencia dentro del concepto de imprevisibilidad

La determinación de un evento imprevisible no se hace en función a la objetiva constatación de su efectiva previsibilidad. En realidad, lo imprevisible se define en función a la diligencia. Así, aquel evento que, pudiendo ser previsto, hubiese requerido una diligencia mayor a la estándar, es uno de índole imprevisible. Luego:

*“La imprevisibilidad camina al lado de los deberes de diligencia, prudencia, cuidado. Esto quiere decir que el evento no sólo debe revestir la objetividad en sí mismo como hecho extraordinario, lo cual se demuestra sin mayores problemas al analizar la frecuencia o habitualidad del suceso, sino que además se requiere del elemento inherente al individuo, relativo a la conducta diligente que se espera de él”<sup>(21)</sup>.*

Veamos un ejemplo: Una empresa es contratada por una empresa privada para realizar la construcción de un ducto marino en la Costa de la Ciudad de Lima. En medio de la construcción, esta empresa detecta la presencia de roca fosilizada, cuya solidez impide la continuación de los trabajos. La empresa, antes de iniciar los trabajos, realiza varios sondeos de profundo alcance y no detecta en ningún momento la roca fosilizada. Sin embargo, un informe de peritos imparciales señala que la referida empresa pudo haber detectado la presencia de roca fosilizada si hubiese realizado sondeos

especiales, cuyo costo asciende a diez veces el valor de la contraprestación pactada, es decir, de aquel pago que dicha empresa recibirá por la construcción de la obra.

No podría decirse que el supuesto es objetivamente imprevisible, pues se debe a que la roca sí pudo ser detectada. El problema está en que detectarla hubiese requerido una diligencia de nivel extraordinario. En tanto los agentes proceden con un nivel estándar de diligencia, puede comprenderse que dicha empresa sólo haya realizado sondeos de profundo alcance (cuyo costo no anula la rentabilidad del contrato). Luego, si la empresa se topa con material fósil en medio de la construcción, que sólo pudo haber sido detectado con sondeos cuyo costo excede sobremanera el valor de la prestación, entonces podría considerarse al evento como uno imprevisible.

Pero podemos modificar el ejemplo. Supongamos que la empresa no realizó sondeo alguno. En este supuesto, ¿podría alegarse que el incumplimiento obedece aun caso fortuito? La respuesta sería afirmativa, pues más allá de que en este caso el comportamiento fue totalmente negligente, aun siendo diligente no hubiese podido prevenir el resultado, por lo que el evento debería considerarse como imprevisible.

### 2.3.2. La diligencia dentro del concepto de irresistibilidad

Al igual que en el caso de la imprevisibilidad, el concepto de irresistibilidad no se determina de manera exclusivamente objetiva. Por el contrario, la determinación de un evento como irresistible se hace en función de aquello que el deudor no pudo haber evitado utilizando la diligencia estándar requerida para el caso. En opinión de Osterling y Castillo:

(21) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Óp. cit.*; p. 1066.

## La diligencia y la inexecución de las obligaciones *Diligence and non-performance of obligations*

“El que un evento sea irresistible quiere decir que la persona (en este caso el deudor) es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento.

Esta noción tampoco es simple, aunque a primera vista lo aparenta. Reviste también peculiaridades o complejidades que es menester tomar en consideración a fin de no incurrir en arbitrariedades.

Un factor de suma relevancia es el económico, por ejemplo. Para un deudor con recursos, es más factible, en determinados casos, afrontar un obstáculo que para otro que carece de ellos. *La imposibilidad, entonces, muchas veces resulta relativa*<sup>(22)</sup>.

La diligencia juega un papel relevante en la determinación de un supuesto de inexecución no imputable. Esto se extiende incluso a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. La concepción subjetiva del concepto de la diligencia alumbra y abarca todo el tema de inexecución de obligaciones, haciendo que la determinación de la responsabilidad civil por inexecución dependa de un criterio subjetivo.

Debe hacerse énfasis en el hecho de que, para los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, la valoración de la diligencia no se hace sobre la conducta concreta del individuo del caso específico ya que éste incluso pudo haber obrado de manera negligente, sino que más bien se realiza para determinar qué eventos escapan a la diligencia estándar y, por lo tanto, pasan a ser supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

### 2.4. La diligencia y su rol en la actividad probatoria

La diligencia también resulta relevante para efectos probatorios. Como mencionamos anteriormente, diligencia equivale a ausencia de culpa. Esto resulta relevante para sostener que un determinado incumplimiento obedece a una causa no imputable. Ahora bien, respecto a la prueba, vale mencionar el artículo 1329, que sostiene que *se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor*.

En ese orden de ideas, la diligencia es relevante puesto que sirve para probar que se actuó sin culpa. Así, en palabras de Beltrán Pacheco:

“(…) la presente norma (el artículo 1329) se refiere al tema de la prueba del criterio de imputación subjetivo culpa. En este precepto normativo se hace referencia al tema de “presunción de culpa leve”. Dicha presunción tiene base legal y es *iuris tantum* en tanto admite prueba en contrario, lo que implica una valoración legal positiva de que “el deudor no ejecutó su prestación por actuar sin diligencia ordinaria”, a lo que el sujeto demandado (deudor) deberá responder negando dicha afirmación aportando pruebas que demuestren lo contrario (que se actuó de forma diligente)”<sup>(23)</sup>.

El artículo 1329 plantea que, frente a la inexecución o cumplimiento insuficiente, se presume que el deudor obró con culpa leve. Frente a esta presunción, el deudor tiene dos vías distintas para eliminarla:

- a. La primera vía consiste en probar que se actuó de forma diligente. En tanto diligencia equivale a ausencia de culpa, demostrar la diligencia derivaría en la eliminación de la presunción *iuris tantum* del artículo 1329. Aquí no resulta necesario probar que el incumplimiento se debió a un caso fortuito o de fuerza mayor. Luego:

“En caso de ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario,

(22) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Óp. cit.*; pp. 1066 y 1067.

(23) BELTRÁN PACHECO, Jorge. *Comentarios al artículo 1329*. En: *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Derecho de Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica. Tomo VI, 2004; p. 987.



## Mario Castillo Freyre y Gino Rivas Caso

imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación<sup>(24)</sup>.

Es decir:

**Diligencia → Ausencia de Culpa → Incumplimiento no imputable**

- b. La segunda vía consiste en probar que el incumplimiento se debió a un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor. Más allá de si el proceder del deudor fue diligente o negligente, si se prueba que el incumplimiento obedeció a un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, entonces hay ausencia de culpa. Luego, se acaba con la presunción del artículo 1329.

Como ya mencionamos, ha sido el propio legislador quien ha dispuesto que en todo caso fortuito o de fuerza mayor haya, inexorablemente, ausencia de culpa.

**Caso fortuito → Ausencia de Culpa → Incumplimiento no imputable**

En el ámbito probatorio, demostrar el proceder diligente resulta útil, si el amparo para sustentar la no responsabilidad por la inejecución va a ser el artículo 1314 del Código Civil. Por el contrario, si lo que se busca es demostrar que la inejecución obedece a un caso fortuito o de fuerza mayor, no resulta relevante demostrar si se actuó de manera diligente o no, sino más bien probar que el suceso no hubiera podido ser contrarrestado con la diligencia adecuada.

En ese orden de ideas, el rol de la diligencia en la actividad probatoria puede ser: (i) *concreto* o, (ii) *abstracto*. Así, para el supuesto del artículo 1314, se debe probar que el deudor *concretamente* se comportó de manera diligente, es decir, que tuvo el cuidado y el celo necesario para la situación. Por otra parte, si se trata del supuesto del artículo 1315, se tratará de

probar que *en abstracto* (esto es, sin importar si en el caso concreto efectivamente existió) la diligencia estándar no hubiese sido suficiente para contrarrestar el caso fortuito o de fuerza mayor.

### 3. Palabras finales

A modo de conclusión, señalaremos que en materia de inejecución de obligaciones, la diligencia aparece como el concepto abocado a evitar una visión exclusivamente objetiva de la situación jurídica. Si lo único que se ponderase al momento de establecer una responsabilidad por inejecución fuese el efectivo cumplimiento de la prestación, entonces estaríamos frente a un derecho desvinculado de la realidad, ajeno a atender las razones por las cuales efectivamente no se pudo cumplir con la prestación.

Al adoptar a la diligencia como parámetro sobre el cual definir si hay responsabilidad por la inejecución de una obligación, el legislador está planteando que no todos los deudores que incumplen merecen el mismo trato. El Derecho debe asignar un trato diferenciado a los sujetos que fueron diligentes, frente a quienes actúan de modo negligente.

Se debe también considerar que la diligencia, si bien es un concepto subjetivo, tiene una estructura determinada en función a elementos externos y objetivos. Ésta es la razón por la cual la valoración de la diligencia toma elementos como el tiempo, el lugar y la naturaleza de la situación, para determinar qué puede ser considerado como un proceder cuidadoso. Por otra parte, la diligencia no tomará en cuenta aspectos o atributos internos del sujeto involucrado en el caso concreto.

(24) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Óp. cit.*; p. 1054.

## La diligencia y la inejecución de las obligaciones *Diligence and non-performance of obligations*

La diligencia también resulta esencial en el aspecto probatorio. Esto obedece a que, según el artículo 1329 del Código Civil de 1984, se presume que el incumplimiento o

cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedece a un proceder culposo. En ese orden de ideas, para contrarrestar esa presunción legal es necesario probar que el proceder del deudor fue efectivamente diligente. 



pwc.com.pe

**90 años**  
*transformando  
negocios en el Perú*

Somos más de 1,200 profesionales enfocados en transformar los negocios de nuestros clientes.

Asistimos a las principales organizaciones a resolver complejos problemas de negocio, optimizar su desempeño y crear valor a fin de que logren alcanzar una ventaja competitiva sostenible.

Nuestra división de Asesoría Legal y Tributaria cuenta con un equipo multidisciplinario altamente especializado en tributación y en otras áreas del derecho, siempre dispuestos a brindar soluciones que les permitan alcanzar los objetivos de su organización.



Síguenos en:



© 2014 PricewaterhouseCoopers S. Chil de R.L. Todos los derechos reservados. En este documento, "PwC" hace referencia a PricewaterhouseCoopers S. Chil de R.L., que es una firma miembro de PricewaterhouseCoopers International Limited, cada una de las cuales es una entidad jurídica separada e independiente.