

*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”.*

Felipe Osterling Parodi\*

El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

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, 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.

El artículo 1315, precepto novedoso en la legislación peruana, define los casos fortuitos o de fuerza mayor como causas no imputables, atribuyéndoles las características de eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. La norma

---

\* Felipe Osterling Parodi, doctor en Derecho y abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor honorario y extraordinario en diversas universidades. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre Las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República, Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

tiene su origen en los artículos 1148 del Código francés, 514 del Código argentino, 1148 del Código dominicano y 1059 del Código brasileño de 1916.

Los casos fortuitos o de fuerza mayor tienen iguales características. Teóricamente, sin embargo, cabe hacer una distinción. Así, se considera que el caso fortuito alude solo a los accidentes naturales –lo que en el Derecho anglosajón se denomina “*Act of God*” (hecho de Dios)-; en cambio, la fuerza mayor involucra tanto los actos de terceros como los atribuibles a la autoridad – denominados en el Derecho anglosajón “*Act of Prince*” (hecho del príncipe)-.

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.

Con el fin de evitar posibles confusiones, conviene precisar términos. Acontecimiento extraordinario es todo aquél que sale de lo común, que no es usual. La previsión, por su parte, debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación; a diferencia de la resistibilidad, que se presenta al momento de cumplirla. Si el acontecimiento fuera irresistible desde el momento en que se contrajo la obligación, el acto jurídico sería nulo, porque tendría objeto imposible.

El requisito de la previsión se exige cuando el deudor no previó lo que debía, o cuando, habiendo previsto el acontecimiento, se obliga a algo que presumiblemente iba a ser imposible. En ambos casos el acontecimiento es imputable al deudor, pues equivale a un hecho suyo.

Pero la previsibilidad no debe apreciarse en abstracto, porque si así lo hiciéramos prácticamente todo acontecimiento sería previsible y no existiría, por tanto, el caso fortuito o de fuerza mayor. El acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación. La rareza, el carácter anormal del evento, las

remotas posibilidades de realización, configuran el caso fortuito o de fuerza mayor.

El requisito de la irresistibilidad, por último, supone la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aun cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor; la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria.

En conclusión, las características de extraordinario, imprevisible e irresistible constituyen simples derroteros para el juez; su facultad de apreciación, en esta materia, es muy amplia, y comprenderá el examen de todas las circunstancias del caso analizado. Lo que en ciertas oportunidades es caso fortuito o de fuerza mayor, en otras no lo es.

Pero lo expresado no significa que todos los acontecimientos que se presenten sin culpa, como antes lo indicamos, configuren casos fortuitos o de fuerza mayor. Usualmente el deudor tan solo debe probar que ha actuado con la diligencia requerida, vale decir, sin culpa, para quedar exonerado de responsabilidad. Generalmente el deudor no precisa demostrar el caso fortuito o de fuerza mayor. Así lo señala, lo reiteramos, el artículo 1314 del Código, que exige –como causa no imputable- la prueba de la diligencia ordinaria requerida.

La excepción se configura cuando la ley o el pacto establecen en forma expresa lo contrario, es decir, cuando prevén para la exoneración del deudor que el acontecimiento obedezca a un caso fortuito o de fuerza mayor. Ello ocurría, por ejemplo, en el caso previsto por el artículo 1518 del Código Civil de 1936, que atribuía responsabilidad al arrendatario por el incendio que afectaba al bien objeto de la locación-conducción, a no ser que proviniera de caso fortuito o de fuerza mayor. En este caso el arrendatario no podía exonerarse de responsabilidad probando que había actuado diligentemente, es decir, sin culpa. Tenía que demostrar el caso fortuito o de fuerza mayor.

Los *Mazeaud*, al distinguir entre el caso fortuito o de fuerza mayor y la ausencia de culpa, expresan que “para saber si existe ausencia de culpa, hay que preguntarse si una persona cuidadosa se habría comportado como el demandado. Para saber si existe fuerza mayor, hay que preguntarse si una persona cuidadosa se habría encontrado en la imposibilidad de obrar de manera distinta que el demandado. Así, cabe no haber incurrido en culpa alguna sin que exista fuerza mayor”.

Esta doctrina ya había sido enunciada por tratadistas tan distinguidos como *Giorgi* y *Josserand*. Dice *Giorgi* que “no en todas las obligaciones contractuales el deudor está sujeto a esta prueba (la del caso fortuito o fuerza mayor) para librarse, sino solamente es necesaria en los casos en que la ley no admite otra excusa más que el caso fortuito o fuerza mayor. En los demás puede librarse probando simplemente haber usado el grado de diligencia exigido en el contrato, esto es, diciendo hallarse exento de una culpa de la que debía responder”.

*Messineo*, comentando el Código Civil italiano de 1942, se refiere al caso fortuito o fuerza mayor con significado diverso del de causa no imputable. La causa no imputable –afirma *Messineo*- debe concebirse en sentido negativo, esto es, como la circunstancia genérica impeditiva cuya paternidad no puede hacerse remontar a la voluntad o conciencia del deudor y cuya presencia basta para exonerarlo; el caso fortuito o de fuerza mayor es un hecho positivo que en determinadas circunstancias se exige para la exoneración. La regla general para exonerarse –agrega- es la presencia de una causa no imputable (hecho negativo), mientras que en otros casos es necesaria la prueba más gravosa del caso fortuito o de fuerza mayor (hecho positivo tampoco imputable).

Parece claro, entonces, que en la ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o de fuerza mayor, esto es la causa del incumplimiento debida a un evento de origen extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa, el deudor está simplemente obligado a probar que actuó con la diligencia requerida, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación. La ausencia de culpa

se prueba acreditando la conducta diligente; a diferencia del evento fortuito, cuya prueba, a veces más severa, requiere identificar el acontecimiento y otorgarle las características señaladas de extraordinario, imprevisible e irresistible.

El principio general, en conclusión, es que el deudor solo debe demostrar su conducta diligente para quedar exonerado de responsabilidad, salvo que la ley o el pacto exijan la presencia del caso fortuito o de fuerza mayor. En esta última hipótesis habrá que identificar el acontecimiento que impidió que se cumpliera la obligación, y probar sus características de extraordinario, imprevisible e irresistible.

Si una persona emplea la “diligencia ordinaria requerida por las circunstancias”, y a pesar de ello deja de cumplir con la obligación asumida, resulta razonable que tal particularidad u ocurrencia sea considerada como una determinante de la ruptura de la relación causal.

El tema del incumplimiento, a pesar de haber obrado con total diligencia, según las circunstancias, está regulado por el citado numeral 1314 del Código Civil peruano, el mismo que constituye la puerta de entrada al Título de Inejecución de Obligaciones. En efecto, dicha norma prevé que la inejecución comprende tanto el incumplimiento, como el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

El dispositivo bajo comentario establece la pauta de inimputabilidad, dada por el concepto de la culpa. Si bien el texto no menciona expresamente el término “culpa”, se infiere nítidamente que su presencia es requerida para atribuir imputabilidad, al disponer que no es imputable por las consecuencias del incumplimiento quien actúa con la diligencia ordinaria requerida.

Si partimos de la premisa de que quien actúa con dicha diligencia no es imputable de la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, llegamos a la conclusión evidente de que quien no actúa con tal diligencia sí es imputable (o responsable) de la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación.

Esto quiere decir que a efectos de establecer la responsabilidad de quien ha incumplido o cumplido parcial, tardía o defectuosamente con su obligación, se debe partir del análisis de su culpabilidad. En otras palabras, la responsabilidad en la inejecución de obligaciones es de tipo subjetivo.

¿En qué casos podría un deudor no ser imputable por su incumplimiento? En principio, cuando habiendo actuado con la “diligencia ordinaria requerida” no ha cumplido satisfactoriamente con la prestación a su cargo. Esto implica, ciertamente, elaborar un análisis conceptual para estructurar el marco dentro del cual se considera que existe tal diligencia exoneratoria de responsabilidad.

El autor de estos comentarios en la Exposición de Motivos<sup>1</sup> del numeral antes referido, señala lo siguiente:

“El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

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, 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>1</sup> Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. VI, pp. 198 y 199.

Para nuestro ordenamiento –y, en general, éste constituye el criterio de responsabilidad que sigue la mayor parte de los sistemas de la familia romano germánica-, el actuar con la diligencia ordinaria requerida exonera al deudor de la responsabilidad por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En los demás casos –desde la culpa leve, hasta la culpa inexcusable y el dolo-, el deudor sí es imputable e incurre en responsabilidad. Y de ser imputable, el deudor está sujeto al pago de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados por su inejecución.

Apunta la doctrina que tres son los requisitos para que se constituya el incumplimiento imputable:

(a) Que se trate de un obrar humano.

Siempre es una conducta, un comportamiento del sujeto que se manifiesta por un hecho exterior, positivo o negativo.

(b) Que se trate de un incumplimiento contrario a Derecho.

Entendido el Derecho como totalidad, es decir, integrado no solo por la ley en sentido lato (incluyendo las cláusulas contractuales), sino también –en expresión de la doctrina- por los principios jurídicos superiores. En el plano contractual, si se acepta la teoría normativa (según la cual las cláusulas convencionales son verdadero “derecho objetivo”), también debe admitirse que su violación está comprendida en el concepto de antijuridicidad.

(c) Que preexista una obligación anterior.

Hay incumplimiento cuando se debe una prestación y no se la ejecuta.

Nuestro ordenamiento exige diligencia ordinaria en el cumplimiento de las obligaciones. En caso contrario el deudor incurre en responsabilidad. La dificultad consiste no solo en definir, sino en dar consistencia objetiva a esta categoría, a fin de llevarla a un uso jurídico justo y eficaz.

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, sin tan solo 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 solo 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.

Más aún, la responsabilidad “objetiva” -donde no interesa la existencia de culpa o dolo- ya ingresa más al campo del riesgo creado, el mismo que calibra la graduación de la responsabilidad, así como la determinación y la imputación de ésta.

Para Cabanellas<sup>2</sup> el término “diligencia” ostenta múltiples y trascendentes significados jurídicos: cuidado, solicitud, celo, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona, etc. Los demás significados apuntan más a su acepción del trámite, siendo la acepción general la que nos atañe. Al respecto, Cabanellas amplía: “la *diligencia* se erige en la clave de la observancia de las obligaciones legales y aun voluntarias; y determina, en su declinación o falta, la calibración de la *culpa*, desde el rigor de la *grave* a la eventual exigencia de las resultas de la *levísima*. Como desempeño de funciones a cargo, el eclipse de esta *diligencia* –en el parcial de la *negligencia* o en el total de la *omisión*- origina además eventuales sanciones punitivas, con la pérdida de los puestos desempeñados y resarcimiento económico pertinente. Así, pues, se está en el antídoto más eficaz frente a las *responsabilidades* de carácter civil, penal o profesional”.

---

<sup>2</sup> Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, tomo III, p. 253.



Pero seguimos en la misma indefinición, que constituye invariablemente el “lado oscuro” de adoptar patrones subjetivos para la determinación de la responsabilidad. La indefinición está dada por el criterio de conceptualización o demarcación de territorio del término “diligencia”. ¿Qué entendemos, o mejor dicho, cómo medimos la diligencia con que actuó o dejó de actuar un sujeto que no ha cumplido con su obligación? Esto, como vemos, resulta fundamental y constituye el punto neurálgico en la inejecución de las obligaciones, puesto que en función al uso de este instrumento es que se determinará la existencia de responsabilidad y, en su caso, de su graduación.

Entramos, pues, al terreno de las ambigüedades, terreno que puede ser peligroso, a menos que la solución jurídica revista características de tipo objetivo que la sustraigan de la abstracción. Sabemos que las abstracciones tienen de positivo la flexibilidad que permite adecuarse al caso particular, atendiendo a los principios de justicia e igualdad<sup>3</sup>, pero al mismo tiempo entrañan el riesgo de caer en la incertidumbre, que acarrea inseguridad. Un criterio puramente objetivo puede ser seguro, en tanto es inamovible y difundido, siendo el caso, por ejemplo, de la multa por inobservancia de la señal de tránsito. Es irrelevante determinar si la persona que cruzó con su automóvil la avenida estando el semáforo en rojo se encontraba en estado de ebriedad,<sup>4</sup> o simplemente distraída, o en un estado de aprensión absoluta debido a que acudía al hospital porque se acababa de enterar de que su hijo había sufrido un grave accidente. En cualquier caso, la multa será siempre la misma, y éste constituye un criterio objetivo: nadie va a reducir la multa atendiendo a las circunstancias de cada individuo, ya que de lo contrario habría una gran congestión en las Comisarías, o en los Juzgados de Paz, por la cantidad de reclamantes, y ello requeriría de personal adicional para atender estos hechos

---

<sup>3</sup> La justicia comprende a la igualdad, pero esta última entendida como el tratamiento igual para los iguales y desigual para los desiguales.

<sup>4</sup> En tal caso, ciertamente, se le incrementaría la sanción administrativa (y hasta se configuraría un ilícito penal), debido al agravante, pero en realidad esto constituye una sanción adicional por otra falta que se sumaría a la cometida.

y, en cualquier caso, relativizaría las normas de flujo vehicular, generando, a la postre, más perjuicios.

No obstante, cerrar el sistema a criterios totalmente objetivos también acarrea problemas, ya que no se puede sacrificar a la justicia en aras de la seguridad, puesto que la injusticia –a la larga- tiene de invitada a la inseguridad. Un Derecho injusto es un Derecho inseguro. Por ello es función del Derecho alcanzar la justicia, pero también la seguridad, por lo que ambos fines deben caminar juntos, en un equilibrio que no siempre es fácil de lograr.

Volviendo al tema que nos atañe, podemos formular la pregunta de ¿cómo lograr entonces el equilibrio entre justicia y seguridad en un concepto tan subjetivo como el de diligencia?

Si se concibe a la diligencia como un “conjunto de actos con miras a un resultado”, entonces estamos ante un criterio objetivo. Pero al añadir a este concepto el sentido psicológico de la “actitud con vista a un resultado”, es decir, a procurar medir también la “actitud” de la persona diligente, ¿de qué estamos hablando?, ¿del conocido –y siempre cuestionado- patrón del “buen padre de familia”?

“Cuando se habla de la ‘diligencia’ de un ‘buen padre de familia’, se considera esa actitud, esa tensión del deudor con la mira del resultado prometido, y no los actos por los cuales se manifestará. Porque esos actos varían según las circunstancias, a las cuales deben adaptarse; si el deudor encuentra un obstáculo muy importante, la ‘diligencia’ de un buen padre de familia no será incompatible con una inacción total; es decir, no será jamás la fuerza mayor la que podrá impedir al deudor en desplegar cierta ‘diligencia’, en el sentido psicológico del término. Más aún, imponerle al porteador que transporte con la ‘diligencia’ de un buen padre de familia, y evitar los robos, salvo fuerza mayor imprevisible e irresistible, sería sencillamente establecer dos regímenes diferentes para esas dos obligaciones, principal la una y accesoria la otra, y no regir según dos principios unos problemas diferentes; una actitud tanto más inadmisibles por cuanto la obligación de evitar los

robos se descompone, en sí, en lo imperativo de adoptar cierto número de medidas concretas. Cabe distinguir, en la obligación, su objeto (transportar, vigilar, construir) y su contenido ('diligencia' de un buen padre de familia, por ejemplo); cabe distinguir también la obligación principal (transportar) y algunas obligaciones accesorias (vigilar, entregar); pero resulta imposible distinguir algo en el contenido mismo de la obligación, en la 'diligencia' que impone: el contenido de la obligación es una noción simple, indisociable".<sup>5</sup>

Es conocido el apotegma que reza: *Jura vigilantibus, non dormientibus subveniunt*,<sup>6</sup> y es también sabido que él rige nuestro Código Civil. Un ejemplo muy patente se encuentra cuando se premia la diligencia de quien primero inscribió su título de propiedad de un inmueble –en caso de concurrencia de acreedores-, aun por encima de quien primero adquirió la propiedad u otro derecho sobre el mismo. En Derecho de Obligaciones es explícito el deber de obrar con diligencia.

Quien actúa con diligencia es alguien diligente. Según la Real Academia Española, diligente es "Cuidadoso, exacto y activo. Pronto presto, ligero en el obrar".<sup>7</sup> En tanto para Cabanellas significa "Cuidadoso, activo, solícito, esmerado. Pronto rápido, ágil, ligero, presto en la ejecución. Por contrapuesto al *negligente*, quien procede con diligencia está relevado en principio de culpa en el discernimiento de la conducta y en lo contractual y extracontractual, siempre que la valoración del proceder sea positiva. [...]".<sup>8</sup>

La noción de "buen padre de familia" devino en cierto desgaste por su obsolescencia. Esta noción no conduce a una apreciación justa de las obligaciones de un deudor, puesto que la actitud de cuidado que se espera de un

<sup>5</sup> Cabanellas, Guillermo. *Op. Cit.*, tomo II, p. 254.

<sup>6</sup> "Las leyes protegen a los diligentes, no a los descuidados".

<sup>7</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. En: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=DILIGENTE](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=DILIGENTE)

<sup>8</sup> Cabanellas, Guillermo. *Op.cit.*, tomo III, p.256.

deudor no es la misma que la que se espera de un buen padre de familia. Es mejor buscar un modelo más cercano a la realidad de las relaciones obligatorias. El Código suizo, por ejemplo, alude al buen administrador. Dentro de este orden de ideas, es más lógico referirse al hombre medio normal, quien idealmente toma las precauciones y previsiones necesarias, y se comporta –en general- con la diligencia esperada.

Pero, otra vez nos podemos preguntar, ¿quién es este hombre medio?, ¿se trata de buscar al hombre más común dentro de toda una población?, ¿es el hombre al que nada le sobra pero nada le falta y que ha cumplido con ciertos requisitos mínimos de educación? Y aun si se ubicara al “hombre medio” más idóneo (juicio muy subjetivo, por cierto), ¿se puede aplicar a todos su forma de conducta?

El “exceso” de consideraciones va rompiendo la concepción del modelo estándar, del patrón objetivo de conducta ideal a seguir. Un patrón de conducta fijo es inamovible, o en todo caso, su modificación es mínima, conservando la rigidez del modelo. Al entrar a tallar consideraciones que, a modo de excepción, van minando el patrón, relativizándolo en función de cada caso en particular, el concepto de estándar empieza a declinar, cediendo a criterios de corte subjetivista. Como repetimos, el problema de esta última solución es la maraña de incertidumbre que trae consigo, puesto que, como consecuencia, no se sabe a ciencia cierta cuándo es que una persona es imputable o no, ya que deben tomarse en cuenta tantas variables subjetivas.

Según nuestro ordenamiento legal, la diligencia ordinaria constituye contraparte de la culpa leve.

Ciertamente vemos cómo es que la noción de culpa leve, que obedece a una graduación de culpas, representa el criterio subjetivo por excelencia para determinar la responsabilidad. Es el criterio más favorable al deudor, tendencia por la que optó el legislador. La Exposición de Motivos del Código Civil así lo establece:

“Cuando el deudor, por falta de diligencia ordinaria omite ejecutar la prestación prometida, incurre en culpa. El resultado dañoso no querido por el deudor, obedece a su imprudencia, torpeza, o en general a su falta de diligencia. Debe advertirse, sin embargo, que la regla se refiere a la falta de diligencia ordinaria, que constituye la culpa leve, porque en caso de negligencia grave, estaríamos ante un supuesto de culpa inexcusable.

En la culpa leve, a diferencia del dolo, no hay intención de incumplir, no hay mala fe de parte del deudor. Y, a diferencia de la culpa inexcusable, no hay negligencia grave, sino tan solo la falta de diligencia ordinaria. La negligencia consiste en una acción (*culpa in faciendo*) u omisión (*culpa in non faciendo*) no querida, pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor, o en general a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, trátase de las personas, del tiempo o del lugar.

[...]

Las reglas previstas están plenamente justificadas. En esta materia las situaciones de hecho son siempre distintas y ello ocasiona una singular dificultad para apreciar con una idea abstracta, sea la del ‘buen padre de familia’ o la del ‘comerciante honesto y legal’. Lo que debe apreciarse y juzgarse, en definitiva, es la conducta de determinado evento, y no el proceder de cualquier persona del género humano.

Es prudente, por ello, que el concepto de culpa no se atenga a principios rígidos, pero también es necesario que el juez aprecie y decida, en cada caso concreto, si el deudor incurrió en culpa inexcusable, o sea si actuó con negligencia grave, o si procedió con culpa leve, es decir omitiendo tan solo la diligencia ordinaria debida”.

Es claro que la intención del legislador apuntaba a eludir criterios abusivos o arbitrarios para el deudor, pero favorables al acreedor, en tanto que el otro extremo puede ocasionar el efecto contrario: favorable para el deudor, pero perjudicial para el acreedor, cuyo interés estará siempre sujeto a riesgos mayores.

Por las consideraciones anotadas, es nuestra opinión aplicar un criterio subjetivo que parta de un modelo referencial (objetivo) del término medio, considerando tanto la persona del deudor como la del acreedor.

Lima, agosto del 2012.

C:\FOP\Articulos\Articulo 1314.Doc