

“EL ABUSO DEL DERECHO DEL NO COBRO”¹

por Dr. Lucas Pantaleón Leiva Fernández 

El presente artículo se publica con la autorización expresa de su autor. Una variante del artículo ha sido publicado por el mismo autor en “Verwirkung: La teoría del retraso desleal”, Diario La Ley, 20/11/2020, T. 2020-F

SUMARIO

I. Introducción	02
II. Concepto	03
III. El Laches anglosajón y el abuso del derecho del no cobro	06
IV. Antecedentes en el derecho argentino y la analogía con el vicio de la sorpresa	10
V. ¿Puede ejercerse de oficio el abuso del derecho de no cobra? Similitudes y diferencias con la prescripción liberatoria y caducidad	14
VI. El abuso del derecho del no cobro: conducta, deber de coherencia, teoría de los actos propios y el principio de confianza	20
VII. La función preventiva del daño en relación al Retraso desleal o abuso del derecho del no cobro	25
VIII. Conclusiones	27

Voces: Abuso del derecho, retraso desleal, actos propios, obligación dineraria, Decreto n° 70/2023

Abstract

Se pretende tratar el instituto del abuso del derecho del no cobro por parte del acreedor, causándole un perjuicio económico al deudor, v.g., por la masiva bola de intereses acumuladas debido a su inejecución intencional de la deuda. Ello

¹ El presente es una variante del artículo ya publicado por el mismo autor “Verwirkung: La teoría del retraso desleal”, Diario La Ley, 20/11/2020, T. 2020-F. Aquí se ha incorporado un nuevo caso judicial de abuso del derecho del no cobro, teniendo en miras que el Dec. 70/2023 ha solucionado dicha problemática para las obligaciones pagaderas en moneda extranjera. A su vez, se han eliminado otros institutos tratados allí como la Verwirkung en Alemania, la Suppressio en Brasil con fines de que sea más digerible el nudo de la cuestión principal.

siguiendo el principio general de que los derechos, incluso los crediticios, deben ser ejercidos de forma regular -en tiempo y forma-, sin mediar su abuso. La figura tiene sus orígenes en el retraso desleal español.

I. INTRODUCCIÓN

A priori, corresponde explicitar que el presente artículo, es una variante del artículo publicado por el mismo autor en “Verwirkung: La teoría del retraso desleal”, Diario La Ley, 20/11/2020, T. 2020-F. Aquí se ha incorporado un nuevo caso judicial de abuso del derecho del no cobro, teniendo en miras que el Dec. 70/2023 ha solucionado dicha problemática para las obligaciones pagaderas en moneda extranjera. A su vez, se han eliminado otros institutos tratados allí como la Verwirkung en Alemania, la Suppressio en Brasil con fines de que sea más digerible el nudo de la cuestión principal.

Se delimitará el estudio del presente trabajo en base a dos preguntas fundantes: ¿Es aplicable el ‘abuso del derecho de no cobrar’ al derecho argentino? Si la respuesta es afirmativa: teniendo en cuenta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación ¿Se pueden utilizar figuras como abuso del derecho y función preventiva del daño, para su aplicación?

El tráfico jurídico se ve amparado por normas de orden público como el abuso del derecho a fin de preservar la buena fe de las partes. Se pretende plantear la hipótesis de la figura del Retraso desleal en el derecho argentino para aquellos acreedores que pudiendo reclamar su prestación al deudor, deliberadamente omiten hacerlo, conllevando un aumento de la deuda o una agravación exacerbada en el patrimonio del deudor. También corresponde analizar si es viable la aplicación de la función preventiva del art. 1710 Código Civil y Comercial de la Nación (en lo sucesivo CCCN) por parte del deudor, para evitar el agravamiento de su deuda.

Se ahondará en la cuestión de los alcances del abuso del derecho del no cobro y su comparación con otras figuras similares. Ello basado en el daño generado por la “sorpresa” al deudor originado en la acción entablada por el acreedor mediante “abuso del derecho del no cobro - retraso desleal”.

II. CONCEPTO

La doctrina conocida como “Retraso desleal” o doctrina del ‘abuso del derecho del no cobro’, concurre en numerosos casos.

A fin de ilustrar la teoría conviene partir de la ejemplificación.

Véase, por ejemplo, el caso de un administrador de consorcio que ejerció la administración durante 5 años, sin liquidar sus honorarios y renunciando a la administración en 1995 para recién en 1997 cobrar sus honorarios por su actuación. Es decir, habiendo transcurrido 2 años desde su renuncia, sin formular reclamo alguno, inicia demanda por cobro de honorarios extrajudiciales (Conf. Civ Sala “A”, “S., J. E. v. Consorcio García 5821 -edificio 104, Barrio Villa Lugano- “; 01/09/2000, Cita Online: 20011602, La Ley Online, con notas al fallo de Costantino, Juan a. y Rodríguez Arauco Gerardo, con cita de López Mesa). Así en el fallo en análisis el ad-quem destacó que “no se compadecería con las exigencias de un tráfico jurídico seguro que preserve armonía con la buena fe-creencia en la concertación y ejecución de los contratos”. Vale decir, para los jueces, se vio afectada la buena fe al no ejercer la acción en un tiempo prudencial.

Otro caso en sede judicial donde se incurre en abuso del derecho del no cobro, sucedía cuando, el deudor debía moneda extranjera y pagaba su equivalente en pesos, depositándolo en la cuenta judicial. El acreedor tardaba meses, en forma deliberada, en cobrar dicho depósito, reclamándole luego al deudor que deposite más cantidad de pesos para equiparar el valor de la moneda extranjera debida. Si el acreedor hubiere cobrado en tiempo la suma depositada, no le hubiere generado el agravamiento nominal al deudor por la apreciación del valor de la moneda extranjera (o depreciación de la moneda nacional). Este supuesto, ha quedado corregido positivamente gracias al Decreto n° 70/2023, pues, al modificar el art. 765 y 766 CCCN en materia de obligaciones de dar dinero, estableció que, el deudor se debe liberar entregando la moneda pactada y los jueces no pueden modificar ni la forma de pago ni la moneda pactada, por lo que, una vez depositada la moneda extranjera, no podrá luego el acreedor pretender que se le entregue mayor moneda nacional para equiparar el valor, pues, deberá aceptar únicamente la moneda extranjera debida.

Se puede extraer el concepto básico de la teoría del ‘abuso del derecho del no cobro’: siguiendo los principios de la buena fe, todo derecho debe ser ejercido en forma no abusiva. Su ejercicio debe ser ejercido en tiempo y forma; sin implicar las distinciones que se hagan si el derecho es ejercido antes o con posterioridad a su prescripción, lo cierto es que es sorpresivo para un deudor que un crédito se intente cobrar cerca del plazo final antes de su prescripción o cumplida la misma.

No hay que olvidar que la prescripción es una defensa de fondo, que, de no ser planteada, implicaría poder cobrar un crédito mantenido en letargo durante años, al cual hay que agregarle los intereses durante el transcurso de dicho plazo.

Vale decir que para que se configure el llamado “abuso del derecho del no cobro” o Retraso desleal se necesitan al menos dos elementos: el primer elemento es el factor objetivo del transcurso del tiempo. El segundo es la generación de confianza por la inactividad, a punto tal que sí se pretende hacer valer el derecho, constituiría una sorpresa para su destinatario. Podría resumirse este último en la llamada “pasividad de mala fe” (Gozáini, Osvaldo A., “Caducidad de la pretensión por retraso desleal en su ejercicio”, en LA LEY 1987-C, 989, La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/18418/2001).

Existe un tercer elemento, caracterizado por la existencia de un daño al sujeto pasivo producto del ejercicio retrasado del derecho.

Los tres elementos resumidos, siendo el tercero ponderable o no según el criterio que se aplique, son perfectamente válidos para conceptualizar la doctrina del abuso del derecho del no cobro.

El ejercicio tardío del derecho que crea la legítima confianza que habilita la aplicación del instituto. El accionar tardío del derecho (causa generadora), sumado al tiempo, provoca la generación de confianza (consecuencia) del sujeto pasivo que se mantendrá dicha situación sine qua non. He optado por la identificación individual de los elementos dividiéndolos en cuatro: 1) transcurso de tiempo significativo, 2) omisión del ejercicio del derecho, 3) confianza legítima en el no ejercicio del derecho y 4) perjuicio derivado de la omisión al sujeto pasivo (Resnick Brenner, Rafael,” Provincia de Buenos Aires: ¿Paraíso donde las causas

nunca prescriben?”, Publicado en: LLBA 2006, 6, La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/3493/2005).

La sorpresa producida por la actividad luego de un periodo prolongado de inactividad del ejercicio del derecho, es la que remonta a la doctrina de los actos propios. Si bien en estos últimos se produce un actuar positivo y no una omisión como en la doctrina del abuso del derecho del no cobro, lo cierto es que el venire contra factum proprium non valet genera sorpresa y confusión por la expectativa generada que luego es cercenada por un nuevo accionar que la contradice.

Por ello, en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983, comisión N° 8, bajo el tema convocante “La doctrina de los actos propios” se concluyó que “El abuso del derecho del no cobro en el ejercicio de un derecho está comprendido dentro de la admisibilidad propia de la figura.” (Refiriéndose a la figura de los actos propios) (<http://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/81-1983-ix-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-nacional-de-mar-del-plata>). Por ello, es posible encuadrarlo dentro del supuesto de quien crea con su comportamiento una apariencia, que es confiada por un sujeto, pudiendo oponer dicha confianza en contra de quien la ha generado (Borda, Alejandro, “La teoría de los actos propios”, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 2000, p. 42).

Lo que rodea a la doctrina del abuso del derecho del no cobro es la buena fe, constituyendo un límite a los derechos subjetivos patrimoniales, impidiendo su ejercicio abusivo (Wayar, Ernesto C., “Mora y Buena fe su implicancia en la responsabilidad por incumplimiento” en “CÓRDOBA, MARCOS M., Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Bs. As., Ed. La Ley, 2004, p.267).

El otro elemento mencionado en torno al “perjuicio” para el sujeto pasivo posee fuerte vinculación con la teoría alemana del sacrificio excesivo del deudor para la cual, el deudor no puede ser compelido a cumplir la obligación si aquello le demanda un sacrificio excesivo el cual se medirá con la vara de la buena fe (Id. óp. cit., p. 280).

III. EL LACHES ANGLOSAJÓN Y EL ABUSO DEL DERECHO DEL NO COBRO

En el derecho anglosajón, existe otra figura similar al abuso del derecho del no cobro denominada “Laches”. Allí se entiende que quien acude al órgano jurisdiccional, debe actuar de forma rápida y diligente. Es decir, si el actor entra en un período de inactividad de “no ejercicio de sus derechos”, cuando pudo haberlos protegido, el demandado puede invocar la teoría de “Laches” para repelerlo. Incluso cuando el demandante ha dejado transcurrir una cantidad de tiempo significativa, antes de perseguir su reclamo, la Corte puede no proteger sus derechos. Su caso emblemático fue “The Lindsay Petroleum Company v Hurd and others (Canadá)” del 20 de enero de 1874 (<https://www.casemine.com/judgement/uk/5b4dc23a2c94e07cccd23057>) emitido UKPC (Decisiones del Consejo Privado del Reino Unido). Los hechos versaban en que la compañía de petróleo Lindsay adquirió una tierra para la extracción de petróleo por parte del Sr. Hurd. La transmisión a la compañía fue fechada unos quince meses antes de la presentación de la factura. Todo el dinero de la compra de USD 13.750, se abonó recién frente a dicha presentación. Los demandados, por su parte, alegaban en primer lugar que la compañía se había demorado en el pago de la tierra. La compañía de petróleo, ínterin estaba gestionando el pago, tomó posesión de la tierra. Sin embargo, los jueces adelantaron que sería una proposición muy novedosa que la mera posesión constituya un obstáculo en contra de la equidad. ¿Cuál fue su fundamento? Resultó que la Compañía de Petróleo Lindsay únicamente realizó la perforación de un solo pozo, a modo de prueba, en el suelo, sin que diese frutos. La perforación de ese pozo, si se restaurase la tierra, no podría operar de manera sustancial en perjuicio de los demandados. Por ello, establecieron que debía devolverse el dinero al actor y aquel devolver la tierra al demandado, por haber vendido de forma fraudulenta una tierra que sabía que no iba a rendir el petróleo esperado, no enervando dicha decisión la demora en el pago de la tierra. Resta conocer la célebre cita en el fallo que expresa: “Ahora la doctrina de Laches en Tribunales de Equidad no es una doctrina arbitraria o técnica. Sería prácticamente injusto dar un remedio (entiéndase por hacer lugar a una acción), ya sea porque el reclamante, por su conducta, hizo lo que podría ser considerado como equivalente a una renuncia de su derecho, o donde por su conducta y negligencia - aunque quizás no renunciando a ese

derecho-, pero poniendo a la otra parte en una situación en la que no sería razonable colocarlo si el remedio fuera a ser utilizado. En cualquiera de estos casos, el lapso de tiempo y la demora son materiales. Pero en todos los casos, si un argumento contra el remedio (acción), que de otro modo sería justo, es basado en la mera demora, esa demora, por supuesto, no es equivalente a una barrera por cualquier estatuto de limitaciones. La validez de esa defensa debe ser probada sobre principios sustancialmente equitativos. ... Siempre importante en tales casos, son, la duración de la demora y la naturaleza de los actos realizados durante el intervalo, lo que podría afectar a cualquiera de las partes ..." (Óp. Cit. P. 1 / 2 fallo citado). Sentenciaron que la defensa opuesta del abuso del derecho del no cobro por los demandados (Sr. Hurd) no es viable por el "mero retraso" del actor en el pago y resolvieron la rescisión del contrato devolviéndose la tierra al demandado y la devolución del dinero a la compañía petrolera.

Posee semejanza con la teoría del 'abuso del derecho del no cobro', por poseer una limitación común a ambos institutos: el mero retraso, aún extenso, no justifica la aplicación de la teoría (Conf. Traducción propia del artículo escrito por, Vaquer, Antoni "Verwirkung versus Laches: A Tale of Two Legal Transplants", en The Tulane European And Civil Law Forum, EE.UUM, 2006, Ed. Tulane University School of Law, Vol .21., ISSN 2577-9265 (online) e ISSN 2577-9230 (impreso), p. 55. Se puede descargar desde <https://journals.tulane.edu/teclf/issue/view/245>). Por otro lado, Laches no contempla un período fijo como sí lo contempla la prescripción, pues, para su evaluación, el juzgador anglosajón tiene en cuenta todas las circunstancias que rodean al caso. En tal caso, entiendo que el juzgador ponderó que, la demora en el pago no fue injustificada, debido a que era necesario que el demandado presentara la factura por la compra del terreno. De esta forma queda sentado que el mero retraso per se no justifica la aplicación de la teoría.

Por último, es dable mencionar que no solo las obligaciones dinerarias son susceptibles para la aplicación de la teoría del 'abuso del derecho del no cobro', pues, en el caso referenciado, pese a que no prosperó, lo que se intentó como defensa fue vedar el ejercicio de la facultad resolutoria del contrato aduciendo que hubo abuso del derecho del no cobro, lo cual, recalco, al parecer del Tribunal, ello no habría sucedido.

Al respecto, cabe mencionar la faceta interesante que se plantea en Inglaterra entre Laches y los “límites estatutarios” (léanse como “prescripción”) a ciertas acciones en los fideicomisos. Resumiré la cuestión planteando el panorama inglés, siendo sus soluciones (Conf. Traducción propia del artículo escrito por Stanley, Clare, Ashdown Michael J. “Laches and limitation”, *Trusts & Trustees*, Volume 20, Issue 9, November 2014, pp. 958–965. Se puede descargar de <https://doi.org/10.1093/tandt/ttu163>):

1) Si la Limitation Act omite hablar de prescripción en la materia: es posible aplicar Laches

2) Si existe prescripción en la materia: a) Una posición es que, si el órgano legislativo intervino específicamente en la fijación del periodo de prescripción, entonces la cuestión de la demora es gobernada exclusivamente por dicha ley, vedando la aplicación de Laches. b) Otra posición es que la prescripción no privaría a una excepción basada en la equidad -en la ley inglesa se encontraría de forma específica en la Sección 36(2) de la Limitation Act de 1980-.

3) Si específicamente se prohíbe la prescripción para cierta materia/acción: a) Unos entienden que si se vedó la prescripción también debería encontrarse vedada la aplicación de Laches por no existir límite temporal alguno. b) Otros, en contrario, sostienen que se permite la aplicación de Laches ya que no es un periodo temporal, sino una valoración de la conducta inoficiosa del acreedor que con su demora perjudica al deudor.

En la actualidad, se brega por la postura moderna sostenida en la Corte de Apelaciones en “Patel v Shah” (<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2005/157.html&query=patel+shah&method=all>) expuesta por el juez Mummery, donde se impone el remedio de equidad de Laches.

Los tribunales ingleses rechazarían un remedio donde fuese injusto admitir una solución judicial, ya sea porque por la conducta del reclamante se entiende que aquel ha renunciado al derecho a ese remedio, o si no ha renunciado a su derecho, su retraso, sin embargo, ha perjudicado a la otra parte. En tal sentido, la doctrina de Laches invariablemente involucra tanto la demora como las circunstancias en

que perseguir un reclamo sería poco práctico o injusto. Ahora bien, volviendo al límite estatutario de los fideicomisos y su relación con Laches, mientras que, al utilizar el límite estatutario del acta (prescripción), el futuro demandado juega de forma pasiva con la esperanza que el reclamante cometa un error y no inicie el procedimiento antes de violar el límite temporal estatutario, en Laches el mero retraso no basta, sino que deberá probar la inacción del actor que convierte en improcedente su accionar.

En España la teoría es conocida como “Retraso Desleal”. Sus mejores ejemplos aparecen en casos que involucran demoras en reclamos de préstamos atrasados. Durante la crisis económica española en 1990, muchos deudores de préstamos bancarios se atrasaron en el pago y los bancos decidieron no demandar porque sus deudores eran morosos insolventes. En el año 2000 España volvió a su prosperidad, por lo que los bancos decidieron entonces demandar a sus deudores morosos (Ibidem, p. 65). Aunque no hay jurisprudencia unificada en los tribunales de primera instancia, una postura, mayoritaria, consiste en distinguir un reclamo por restitución de capital e intereses convencionales, e interés moratorio, por el otro. Mientras que capital e intereses convencionales serían recuperables pues el deudor poseía conocimiento de cuanto capital se adeudaba asumiendo intereses razonables, no sucedería lo mismo con los daños moratorios que son rechazados en base a la teoría del “retraso desleal” pues generalmente exceden el doble de lo que sería capital más intereses convencionales. La lógica detrás de ello es que el deudor se vería seriamente perjudicado si el banco se retrasó en el cobro (20 años es la prescripción de ejecución hipotecaria) (Art. 1964 Código Civil Español. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>), convirtiéndose en el pago de más del doble por su atraso. Excepcionalmente, el retraso desleal se aplicó a capital e intereses cuando las circunstancias del caso, eran condiciones muy favorables por la baja tasa de interés y préstamo a largo plazo y el periodo en el que no se demandó hizo confiar al deudor que la restitución de su préstamo había sido perdonada. Es menester resaltar que el abuso del derecho del no cobro entendido como Retraso desleal en España es de aplicación restrictiva.

IV. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ARGENTINO Y LA ANALOGÍA CON EL VICIO DE LA SORPRESA

En los tribunales comerciales de nuestro país sí ha sido motivo de decisión el abuso del derecho del no cobro. El antecedente que traigo a colación es el caso “Jurídica Pueyrredón S.R.L. c/ Jara Mariano s/ ordinario” (Exp n° 85.535, Registro de Cámara n° 65.127) (Fallo publicado en El Derecho 232-159, CN.Com. Sala “A”, Recurso n° 55-867, 2 de diciembre de 2008.).

Jurídica Pueyrredón S.R.L. promovió demanda contra Mariano Jara a fin de obtener la devolución de los libros dados en locación con más una suma de dinero (aproximadamente \$8.000) en concepto de daños y perjuicios. El quid en cuestión era que el 28 de septiembre de 1994 celebraron las partes un contrato de alquiler sobre los libros de la obra “Derecho Civil” de Guillermo Borda, constando de dos tomos, estableciendo que en un plazo de 7 días debía restituir el libro, expirando en consecuencia el 5 de octubre de 1994. Al contestar demanda el Sr. Mariano Jara reconoció el alquiler de los libros, sin embargo, manifestó que lo había hecho por encomienda de un compañero de estudios que se encontraba inmovilizado y aunque había sido un contrato en nombre propio, su compañero de estudios era quien debía devolver el libro. En primera instancia, la jueza hizo lugar a la demanda por \$90 en concepto del valor de los libros locados y \$960 en concepto de daños y perjuicios por intereses moratorios.

Dicho pronunciamiento fue apelado agraviándose el demandado dado que, el a quo había omitido tratar todas las defensas, en especial, el hecho que la conducta del acreedor agravó el daño. Una vez sorteado el tema de que existió una cláusula penal en el contrato, lo relevante en el fallo fue lo siguiente “... no puede soslayarse que lo que indudablemente resulta irrazonable y desproporcionado, en el contexto examinado, es el ejercicio por demás abusivo de los derechos que aquella le otorga en función del resultado económico que pretende lograr Jurídica Pueyrredón, teniendo en consideración su propia conducta ya que demoró casi diez años en accionar por el resarcimiento del daño tarifado.” Concluye que “... resultaría contrario a toda idea de justicia responsabilizar al deudor por las consecuencias derivadas de la inacción del acreedor cuando, en definitiva, fue este último quien contribuyó con su inexecución a agravar la magnitud del daño

reclamado...”. Por tales consideraciones en segunda instancia disminuyeron la indemnización a \$818.

Por otro lado, un reciente fallo interlocutorio en los autos “Compañía Financiera Argentina c/ Pereira Liliana M. s/ Ejecutivo” (Juzgado Nacional en lo Comercial n° 3, Exp n° 7482/1995, fecha 11 de septiembre de 2018) enmarcó el instituto dentro de la jurisprudencia argentina. Allí, el ejecutado planteó caducidad y prescripción respecto de la sentencia que mandó llevar a cabo la ejecución. El juez de primera instancia destacó que entre el dictado de sentencia y la presentación de la ejecutada transcurrieron 22 años. Vale decir, la sentencia fue dictada el 29 de junio de 1995, la ejecutada no fue notificada por cédula, sino únicamente cuando se presentó en el año 2017 quedó notificada. El argumento para no declarar la caducidad es que, al existir sentencia de trance y remate, mal puede caducar la instancia que finalizó con aquella. En cuanto a la prescripción de la ejecución de sentencia ejecutiva, lo cierto es que, al existir sentencia, recién la prescripción comenzaría a correr a partir de que queda firme la sentencia (es decir, cuando se notificó el ejecutado en el año 2017 por su propia presentación), por ello dedujo que debía rechazarse la prescripción. Sin embargo, inmediatamente posterior destacó que “... parecería que el ejecutante, contó con todo este tiempo con un derecho inmune a la prescripción, es decir, cuasi imprescriptible, lo que resultaría contrario al principio de que todos los derechos son prescriptibles...”. En tal sentido, procedió a analizar la inacción en relación al pretendido embargo del sueldo sobre el ejecutado, enmarcándolo como “el ejercicio de un derecho de modo tardío...”. Continuó poniendo de resalto que nuestro derecho privado no recepta la teoría del retraso desleal, sin embargo, hizo alusión a la buena fe y al abuso de derecho receptado de forma positiva en nuestro ordenamiento. Concluyó que se daban las notas del instituto del retraso desleal, de aplicación conforme a doctrina y jurisprudencia sorteando el problema de que en realidad el plazo de prescripción no se encontraba vencido por falta de notificación y declarando la prescripción del crédito. Naturalmente, entiendo que el fallo es sumamente acertado, más allá de que prescripción y retraso desleal, son situaciones análogas pero diferentes. Es que habiendo creado la apariencia en el ejecutado de que en esa gran cantidad de años no tuvo intención de notificarle la sentencia, esa inacción de ejercicio bien pudo crear la confianza legítima de que no se ejecutaría.

Los fallos mencionados tienen todas las características de la doctrina conocida como abuso del derecho del no cobro. Amén de ello, en ambos, tanto el demandado y ejecutado, se vieron ampliamente sorprendidos por la demanda y ejecución impetrada respectivamente. Lo cual lleva al terreno del vicio de la sorpresa.

En la actualidad si bien, el Código Civil y Comercial de la Nación no se refiere a la palabra “sorpresa” en ninguna parte de su texto legal, sí se mantiene tácita en los arts. 32 y 33 de la LDC (ley 24.240) para las ventas realizadas en el domicilio del consumidor o por correspondencia.

Pese a la caracterización referenciada de que la sorpresa podría encuadrar dentro de los vicios de la voluntad, propongo abarcarlos ampliamente puesto al haberse eliminado la palabra “sorpresa” en el Código Civil y Comercial de la Nación, entiendo que ella se encuentra como vicio caracterizado por la aproximación al abuso del derecho. Ello es un concepto más amplio, pues la sorpresa ya no se analiza únicamente a partir de los actos jurídicos voluntarios que dieron inicio a la relación (VG. oferta y aceptación en un contrato), sino que brega por la indemnidad de la relación jurídica repugnando la sorpresa entendida como abuso del derecho durante todo el tiempo que dure la relación jurídica. Mientras en la caracterización anterior como “vicio de sorpresa como vicio de la voluntad” el análisis es ab-initio, en la caracterización que se propone es un vicio de sorpresa caracterizado por el abuso del derecho que debe ser analizado durante todo el transcurso de la relación jurídica. De esta forma se la entiende como la conducta de aprovechamiento abusiva del acreedor respecto de la simplicidad o ignorancia del deudor, de su distracción u omisión (LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., “El vicio de sorpresa en el derecho privado”, Publicado en: RCyS2002, 197; La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/5830/2001).

El abuso del derecho se encuentra receptado de forma positiva en el derecho argentino en su art. 10. Los fundamentos de la Comisión Reformadora, acertaron en cuanto a establecerlo como principio general y remitir a las normas del ordenamiento jurídico (Ver fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>).

Se liga a la buena fe con el abuso del derecho y en especial, con “la inadmisibilidad del ejercicio de pretensiones especialmente retrasadas” (Díez Picazo, Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Navarra, Ed. Aranzandi S.A., 2007, 6º Edición, p.63). De esta forma, quien no se preocupa durante mucho tiempo de hacer valer su derecho, genera en su contrario la creencia de que su pretensión pudiera ya no ser formulada. Como se ha visto, en varios casos se ha considerado que, aunque la acción no prescriba, ésta sería inadmisibile (Ibid).

Cabe preguntarse si el acto abusivo es un hecho ilícito, pues si lo fuese, se le aplicarían todas las reglas que se les aplica a los hechos ilícitos (factor de atribución, antijuridicidad, plazos de prescripción, etc). Al respecto, me enrolo en la postura de que los hechos ilícitos son antijurídicos por su propia naturaleza, es decir, al inicio se puede determinar que son hechos ilícitos, mientras que los actos abusivos no son antijurídicos per sé, sino por las circunstancias del caso. En una posición el hecho ilícito aparece de forma clara y manifiesta desde su inicio, mientras que, en el abuso del derecho, el juez debe ponderar, valorar e interpretar las circunstancias particulares de cada caso (Conf. Loutayf Ranea, Roberto G., “Abuso del derecho”, Publicado en: SJA 17/06/2015, 17/06/2015, 24, La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/5027/2015). Por ello existen justamente los criterios mencionados, pues por medio de su utilización, se determina que, V.G. cobrar una deuda no es abusivo y hace al derecho de propiedad, sin embargo, no sigue el objeto o finalidad cuando el acreedor actúa tardíamente en su cobro, perjudicando al deudor. Sin duda alguna, el abuso del derecho es una fuente generadora de responsabilidad.

Entiendo que la teoría del ‘abuso del derecho del no cobro’ puede aplicarse mediante la figura del abuso del derecho instaurado en nuestro art. 10 Código Civil y Comercial de la Nación. Se ha sostenido que el ejercicio del derecho y el derecho en sí, no son escindibles (Conf. Alterini, Jorge Horacio, “Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho”, Publicado en: LA LEY2014-C, 1012 - Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 03/06/2014, 03/06/2014, - LA LEY 07/06/2018, 07/06/2018, 9 - LA LEY2018-C, 892, Cita Online: AR/DOC/1361/2014). Por el contrario, el ejercicio del derecho es una “expresión operativa” (Ibidem). Vale decir, el derecho subjetivo puede encontrarse en dos fases, una estática y otra dinámica.

De esta forma, el abuso del derecho se presenta ante el potencial derecho y ante su ejercicio que manifiesta su contenido.

Sentado ello, el hecho de ejercer el derecho de forma tardía, dejando transcurrir un lapso que provoca una expectativa de confianza en la otra parte en que no se ejercerá y sorprendiéndolo luego mediante su ejercicio- pudiendo causar un daño-, implica sin duda alguna, un abuso del derecho.

De esta forma, el ‘abuso del derecho del no cobro’ o Retraso desleal es una modalidad del abuso del derecho por el ejercicio tardío del mismo. Es que el transcurso del tiempo en el no ejercicio del derecho, excede los límites de la buena fe. Sumado al resultado disvalioso, el cual es el perjuicio generado al sujeto pasivo. No se debe olvidar que, vencido el plazo de la obligación, el deudor sabe que debe pagar, y el acreedor, sabe que debe reclamar, por ende, reclamar tardíamente, implicaría un abuso del derecho del no cobro mediante el uso de la figura del abuso del derecho.

V. ¿PUEDE EJERCERSE DE OFICIO EL ABUSO DEL DERECHO DEL NO COBRO? SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA Y CADUCIDAD

Entendida la cuestión de que el ‘abuso del derecho del no cobro’ es una modalidad de abuso del derecho, cabe ponderar si aquél puede ser aplicable de oficio, pues si lo es admisible para el género (abuso del derecho), bien lo es para la especie (Retraso desleal o ‘abuso del derecho del no cobro’).

Reiteradamente la jurisprudencia durante la vigencia de la ley 17.711 ha sostenido que el abuso del derecho podía ser aplicado de oficio por el juez. Numerosos casos demuestran la cuestión. La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco del análisis respecto de una queja por recurso extraordinario federal denegado, estableció expresamente que “Tampoco cabe eludir la aplicación del abuso de derecho como un límite al ejercicio regular de los derechos cuando éstos contrarían los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlos o la buena fe, moral y buenas costumbres. Este instituto, procede incluso frente a la mora, puede disponerse de oficio y autoriza la revisión.” (CSJN, “Rinaldi, Fran-

cisco A. y otro v. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra“, 15/03/2007, La Ley Online, Cita Online: 35010314).

Pese a que para algunos autores el tema aún no está claro, en cuanto a si se puede aplicar de oficio o no (Conf. Tobías José W., en Alterini Jorge H. (Dir.), Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2019, 3° ed., T. I, p. 96), sostengo que el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 10 impone un deber al juez, el cual es ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo. Es decir, que, si es un deber del juez, ya no es más facultativo en cuanto a si “puede” aplicarlo de oficio, sino que ahora es imperativo que aplique la teoría de abuso del derecho cuando las circunstancias del caso lo ameriten. Ello se extiende a la teoría del Retraso desleal, por ser una especie del abuso del derecho.

A los fines de analizar la teoría del ‘abuso del derecho del no cobro,’ modalidad del abuso del derecho, tomaré en cuenta la prescripción liberatoria con sus normas generales y la caducidad.

A primera vista, se puede decir que el tiempo es un factor común en los tres institutos: abuso del derecho del no cobro, prescripción y caducidad. En ese contexto, es dable recordar que se ha caracterizado al elemento crónico como un transcurso y ubicación dentro del mismo y más importante, el tiempo es un hecho jurídico pues constituye un dato, que en el caso, sirve para calificar la relación jurídica(-Conf. LÓPEZ DE ZAVALIA FERNANDO J., ”Reflexiones Sobre el Tiempo en el Derecho”, se puede descargar de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/reflexiones-sobre-el-tiempo-en-el-derecho>, p.16). Concuero con la afirmación de que el tiempo por sí solo no es un hecho jurídico, sino que es una norma, un orden jurídico el que lo convierte como tal en hecho jurídico(Conf. Padilla René A., “La mora en las obligaciones”, Bs. As., Ed. Astrea, 1983, p.7), entendiéndose como norma respecto a la prescripción y caducidad aquellas que fijan plazos y sus efectos, y para el abuso del derecho del no cobro, entendiéndose como el hecho jurídico que frente a la inacción del sujeto activo o su ejercicio tardío, genera un exceso de los límites impuestos por la buena fe (art. 10, norma que imbuje al tiempo como hecho jurídico) impactando en el sujeto pasivo, al provocar la confianza que su obligación no iba a ser exigible.

En cuanto a la prescripción y su relación con el abuso del derecho del no cobro, cabe primero definir qué se entiende por el instituto de prescripción en nuestro derecho.

La prescripción se la puede caracterizar como aquel medio legal de extinción de los derechos por la inacción del titular de un derecho, a raíz del tiempo fijado por el ordenamiento jurídico, que impacta en la obligación del sujeto pasivo operando su liberación (Conf. Spota Alberto G., Leiva Fernandez Luis F.P., “Prescripción y Caducidad Instituciones De Derecho Civil”, Bs. As., Ed. La Ley, 2009, 2° ed., T. I, p.1). La prescripción extingue la acción. El fundamento de la prescripción por excelencia es el interés social en la certeza de las relaciones jurídicas transcurrido el plazo, evitando acudir a la jurisdicción. Se impone la seguridad jurídica, en cuanto a que la ley no puede tener interés en mantener una relación jurídica sin que se ejerza efectivamente (Conf. Óp. Cit., p.58). Bien es cierto que, en un primer momento, la prescripción se fundó en bases similares a la teoría del ‘abuso del derecho del no cobro’, ello era cuando el acreedor no instaba al cobro de su crédito, concurriendo negligencia y desamparándolo. Se justificaba que la prescripción que no posee buena fe, es inmoral, y la única forma de descartar la “mala fe” del deudor en su no pago, es si el acreedor se desentiende de su propio crédito (Conf. López Herrera Edgardo, “Tratado de la prescripción liberatoria”, Bs. As., Ed. LexisNexis, 2007 T. I., p. 41). Este fundamento fue superado por el de la seguridad jurídica.

En cuanto a las diferencias sustanciales del abuso del derecho del no cobro y la prescripción, conviene partir del análisis de sus naturalezas jurídicas.

En primer lugar, ‘el abuso del derecho del no cobro’ al ser una especie de abuso del derecho, implica que por medio del art. 10 se responsabiliza al sujeto activo. Vale decir, el abuso del derecho del no cobro responsabiliza al acreedor por su mala fe en el ejercicio tardío de su derecho que perjudica al deudor. Es decir, responsabiliza y naturalmente por efecto luego compensa, parte de la deuda, por aplicación del instituto de la “compensación” Mientras que la prescripción es un instituto de origen legal, que no responsabiliza y prescinde de la conducta de las partes, no contiene carácter resarcitorio, sino que hace a la seguridad jurídica al configurarse como un medio de extinción de la acción.

Por otro lado, se ha apuntado que el abuso del derecho del no cobro puede ser ejercido de oficio ya que es una especie de abuso del derecho. En contraposición con la prescripción que, es dable recordar, procesalmente, el juez no puede declararla de oficio.

Ello posee como consecuencia dos aristas.

La primera relativa a que la prescripción puede oponerse como excepción y en tal caso es una carga que debe realizarse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio de quien intenta oponerla (Cfr. Morello Augusto Mario, Sosa Gualberto Lucas, Berizonce Omar Roberto, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2015, T. V, p.583). Ello implica que, de no realizar dicha carga, el demandado perdería su derecho de oponer la defensa. Ahora bien, como es imperativo para el juez evitar la situación abusiva, infiero que dicha carga, entendiéndosela como oponer la figura del ‘abuso del derecho del no cobro’ al contestar demanda o en su primera presentación, no es necesaria. Esto es por la sencilla razón que la valoración de la situación jurídica en abusiva o no abusiva, la realiza el juez, con lo cual no es una defensa estrictamente hablando, sino más bien una valoración de los hechos, según el principio *Iura Novit Curia*, es por ello que el juez puede aplicar el instituto de abuso del derecho de oficio. El abuso del derecho (entendido como ‘abuso del derecho del no cobro’) no posee dicha carga, ya que es algo que debe ser remediado, repugnado por el ordenamiento jurídico.

La segunda es técnica, e implica que, en ciertos países, como España, se ha impuesto que el abuso del derecho del no cobro únicamente puede operar antes del término del plazo prescriptivo de la acción que se trate (STS Tribunal Supremo Sala Civil, STS 794/2017, ver: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openC-Document/f9caf3b37c843044c13003b2ec45c8c42cc16dc3f15175df>). Aducen ello pues, la prescripción se encontraría como defensa viable en relación al deudor. No me convence dicho matiz, pues, nuestro ordenamiento jurídico rechaza enfáticamente el abuso del derecho. Sostengo que el ‘abuso del derecho del no cobro’ puede ser aplicado tanto antes como después de haberse vencido el plazo de prescripción. Entiendo sí que es criticable reducir una deuda antes del plazo prescriptivo. Por lo que deduzco que pueden existir dos soluciones de aplicación

de la figura, tanto antes y después de vencido el plazo prescriptivo. La primera, de ser demandado el deudor, por ejemplo, un mes antes de que le prescriba la acción al acreedor, en ese caso, el juez de oficio debería evitar que el acreedor cobre una gran cuantía de intereses por su abuso del derecho del no cobro. La segunda, habiendo vencido el plazo de prescripción podría realizar la misma solución en el apartado anterior o responsabilizar de oficio (y luego compensar), no con fundamento en la prescripción, que no fue invocada por el deudor demandado, sino con fundamento en el ejercicio abusivo del derecho del acreedor.

Otro matiz de diferencia entre la prescripción y el abuso del derecho del no cobro es que la primera puede ser interrumpida, suspendida, mientras que el abuso del derecho del no cobro no permite ‘detención o retroceso’ temporal, no hay alteración del tiempo. Vale decir, verificado el abuso del derecho del no cobro, la confianza generada y el daño, no es posible eliminar la conducta omisiva y volver al comienzo, como sí es posible hacerlo en la prescripción, pues allí no importa la conducta, siendo determinante el factor tiempo. Es que en la prescripción su interrupción provoca la muerte y renacimiento, destrucción del pasado, poner en cero el plazo, destruye la esencia misma de la prescripción (Conf. Lopez Herrera Edgardo, Op. Cit. p.265). En el supuesto, del abuso del derecho del no cobro, verificada la acción tardía del acreedor, y el daño que le genera al deudor, su conducta no es saneada por su repentino despertar de interés. No se puede ‘interrumpir’ una conducta de mala fe y convertirla repentinamente de buena fe. Ello no implica que el deudor -según el caso- no pague a su acreedor, sino que, pague en su justa medida siendo el juez quien determine los daños causados al deudor por inacción del acreedor.

Otra diferencia palpable radica en que la prescripción como instituto es irrenunciable de antemano. Ciertamente es que una vez se gana la prescripción es renunciable, lo cual fue receptado en el Código Civil y Comercial de la Nación. El quid con el abuso del derecho del no cobro es que, ciertamente, no es renunciable, pues no es una facultad ni siquiera de las partes el invocar el abuso del derecho, sino que es el deber del juez evitarlo a toda costa. Por ende, ni siquiera, aunque gane el deudor el ‘abuso del derecho del no cobro’ podría llegar a renunciarlo por el solo hecho de que nunca le perteneció como facultad, siendo únicamente una protección que el ordenamiento jurídico le brinda como especie del abuso del derecho.

Sin duda la prescripción y abuso del derecho del no cobro no premian al deudor que con maniobras maliciosas deja transcurrir el tiempo.

Por último, cabe poner de resalto que la prescripción tiene plazos generales y específicos normados por ley. El abuso del derecho del no cobro no posee plazos, siendo el juez quien debe ponderar la circunstancia de conducta abusiva, teniendo en cuenta la medida del tiempo transcurrido, el tardío ejercicio del derecho del acreedor en conjunción con la confianza generada y daño causado al deudor.

La caducidad por su parte comparte la similitud en cuanto al paso del tiempo, pero, en este supuesto se extingue un derecho y no una acción. La caducidad no se interrumpe, sino que, de ejercer el derecho, se consolida el derecho en cuestión (Conf. Spota Alberto G., Leiva Fernandez Luis F.P., Op. Cit. p. 384). Sostengo que este supuesto sí guarda relación con el abuso del derecho del no cobro, pues, de haber ejercido su derecho en tiempo y forma, no hubiese provocado el acreedor un abuso en su derecho de cobro. Naturalmente el abuso del derecho del no cobro, no puede interrumpirse, al igual que la caducidad legal que es ininterrumpible, el abuso del derecho del no cobro también lo es, pues, o se configura un abuso del derecho de forma fatal, o se está a tiempo y se demuestra la conducta de buena fe del acreedor. Es menester recordar la similitud de que la caducidad como violación del derecho en tanto al no ejercicio de la prerrogativa, como a su uso incorrecto, es frecuente en el ámbito del derecho administrativo e implica una pérdida del derecho (Ibidem, p. 385).

Otra semejanza que guarda con la caducidad es que en la caducidad convencional (V. Spota Alberto G, Leiva Fernández, Luis F.P., “Prescripción y caducidad”, Bs. As. 2da. Ed. Actualizada. 2009 t. II N° 238 p, 393 y ss.; López Herrera, Edgardo, “Tratado de la prescripción liberatoria”, Bs As., Lexis Nexis. 2007 T.I. pp.488 y 492) los plazos no son del todo perentorios, pudiéndose prever prórrogas. Ahora bien, entiendo que, más allá de que el abuso del derecho del no cobro, no implique una perentoriedad per se, sino más bien una responsabilidad por parte del acreedor, lo cierto es que las partes pueden prever prórrogas para el pago, en cuyo caso, naturalmente no habría un abuso del derecho del no cobro, pues, el deudor no posee la confianza de que su deuda ha sido extinguida en virtud del nuevo plazo que ha pactado con el

acreedor. Cabría como interrogante preguntarse, si la prórroga de la deuda acaso no sería una suerte de “interrupción” del instituto.

Por último, un punto que diferencia sustancialmente al abuso del derecho del no cobro con la caducidad es que, ésta no es una sanción a una conducta, tampoco cuenta la intención del titular del derecho (Ibidem). En el abuso del derecho del no cobro, cuenta la intención y su inacción pues, aquello es lo que dota de apariencia de confianza al deudor de que su obligación no será reclamada.

VI. EL ABUSO DEL DERECHO DEL NO COBRO: CONDUCTA, DEBER DE COHERENCIA, TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

Es interesante definir lo que se entiende por conducta. La Real Academia Española define la palabra ‘conducta’ como “Comportamiento” – Acción (<https://deja.rae.es/lema/conducta>) y a la ‘conducta omisiva’ como “Omisión” (<https://deja.rae.es/lema/conducta-omisiva>).

Abundante se ha escrito en torno al deber de coherencia. Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “Es dable exigir a los contratantes un comportamiento coherente ajeno a los cambios perjudiciales, debiendo desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que merced a sus actos anteriores se ha suscitado en la otra parte” (CSJN, Fallos 325:2935).

Desmenuzando los elementos del artículo 1067 en torno al deber de coherencia verificamos el primero, la conducta jurídica. Naturalmente tiene que ser una conducta que pretenda crear efectos en el mundo jurídico, no valiendo para ello aquellas manifestaciones animus jocandi. Debe contener tal seriedad la conducta que busque una modificación en la relación jurídica. Vale aclarar que, no necesariamente que sea “conducta jurídica” implica que tiene que ser un acto jurídico, puesto que, cualquier hecho lícito puede tener virtualidad para aplicar el principio de coherencia.

En cuanto al segundo elemento “relevancia”, una primera aproximación podría interpretarse como que debe ser importante la conducta. Sin embargo, otra

aproximación la cual entiendo acertada, sería entenderla como aquella conducta relevante que provoque un alto grado de expectativa en el otro sujeto. Así entiendo e interpreto que la relevancia es proporcionalmente directa a la expectativa que genera a la otra parte.

En lo que respecta al elemento de ser la conducta “previa”, lo cierto es que aquella hace a la esencia de la coherencia. Sin una conducta previa, no se podría aplicar el instituto puesto que no existiría contradicción.

Por último, en cuanto a que la conducta sea “propia”, supone que emane del sujeto con toda la fuerza de su voluntad. Vale decir, alguien que es forzado a realizar una conducta jurídica relevante y previa, por un vicio en su voluntad, no podrá interpretarse como acto contradictorio.

Habiendo analizado los elementos, cabe concluir que una conducta omisiva debería poder encuadrarse a los efectos del deber de coherencia. Ello por cuanto si bien, conforme art. 263 CCCN, el silencio no implica manifestación de la voluntad, lo cierto es que las excepciones a dicho principio resultan de la ley, puesto que, el silencio por una parte que no accionó judicialmente ante el incumplimiento del contrato dejando transcurrir un extenso tiempo sin accionar (conducta omisiva), luego no puede pretender, de forma abusiva invocando su silencio de larga data, resolver el contrato más todos los intereses punitivos devengados, ya que su conducta omisiva abusiva, provocó un aumento del daño que el deudor debería resarcir.

Vale recapitular que la doctrina de los actos propios incorporó el deber de coherencia considerando ciertos elementos como esenciales para la configuración de la figura, los cuales son la existencia de una situación o relación (v.g. contrato) jurídica anterior, una conducta caracterizada por ser jurídicamente relevante, vale decir, que impacte en el mundo jurídico, generando en el otro una expectativa de comportamiento futuro, y un nuevo hacer, contradictorio a dicha conducta (Conf. López Mesa Marcelo, “Doctrina de los actos propios”, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2018, 4º ed., p.270). Tanto la teoría de los actos propios como el abuso del derecho del no cobro, derivan del principio de buena fe, es decir, consistente en proceder de forma leal en las relaciones

jurídicas entabladas. Sin embargo, el ‘abuso del derecho del no cobro’ tiene una raigambre más profunda al ser una especie de abuso del derecho.

En España, el Tribunal Supremo ha entendido a la teoría de los actos propios como un límite al ejercicio de un derecho subjetivo a raíz del principio de buena fe, la seguridad en el tráfico jurídico que observa un comportamiento coherente, siempre que los actos propios sean inequívocos.

Vale decir, crean, fijan, modifican o extinguen una situación jurídica proveniente del autor que luego, provoque una incompatibilidad contradictoria entre su conducta anterior y la actual, pues siguiendo el principio lógico de la buena fe, se creyó que iba a mantenerse en su conducta anterior (Conf. Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, Recopilación de Sentencias a cargo de Cabanillas Sánchez Antonio, STS de 14 de octubre de 2005, Pto. 1 “Doctrina de los actos propios”, Link: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2007-20097101065_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Sentencias).

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas o efectos provenientes de la teoría de los actos propios? Sin duda, el derecho no se extingue por aplicación de la doctrina. Únicamente frena el ejercicio del derecho. Es decir, el único efecto que produce es no admitir la pretensión contradictoria, conjugando el deber de resarcir en atención a haber actuado en falta de la buena fe.

La doctrina de los actos propios, hace a la seguridad jurídica, al igual que el llamado abuso del derecho del no cobro. Es que mientras que en los actos propios el velo de confianza se rompe mediante un nuevo hacer positivo contradictorio a la conducta inicial, en el abuso del derecho del no cobro ese velo de confianza es quebrado por un accionar tardío del sujeto activo.

El fundamento de los actos propios radica, a su vez, en la protección jurídica de lo que se denomina como principio de confianza.

Cuando me refiero a la “apariencia generada por la confianza”, me estoy refiriendo a la relación entre acreedor y deudor y la confianza que generó el acreedor por su inacción, que luego es frustrada por accionar tardíamente para verse be-

neficiado con mayores intereses. La confianza legítima es, en resumidas cuentas, la expectativa justificada de lograr una prestación u abstención favorable a los intereses de una parte frente a la conducta generada de la otra parte que provoca la expectativa (Idem p. 423). En relación al abuso del derecho del no cobro, consistiría en que el deudor logre obtener la abstención favorable de una inmensa cantidad de intereses por la conducta pasiva del acreedor por no haberlo ejecutado en tiempo y forma.

Es fundamental destacar que la confianza se encuentra íntimamente ligada con la buena fe. Se puede decir que la expectativa generada por la confianza es la consecuencia del principio de lealtad. La relación entre lealtad y confianza es de causa y efecto (Conf. Leiva Fernández, Luis F.P., “Tratado de los Contratos”, Bs. As., Ed. La Ley, 2017, T. II, p. 175).

Es dable recordar que la lealtad (causa de la confianza) implica para las partes un mínimo de moral, actuando en forma transparente, sin sobresaltos ante actitudes, rigiendo los actos esperables y no las sorpresas. Por otro lado, si se quisiese describir la confianza, puede sostenerse que es la actitud por la cual se mantienen los compromisos asumidos, satisfaciendo las expectativas generadas (Conf. Leiva Fernández, Luis F.P., Óp. Cit., p. 175).

Entiendo que la lealtad es de aplicación al ‘abuso del derecho del no cobro’, pues, la inacción durante un lapso significativo de tiempo crea una apariencia de confianza, que luego es quebrada por parte del sujeto activo debido al accionar tardío de su derecho. Lógicamente, de mediar sucesivos reclamos que no provoquen dudas, la confianza provocada caería vedando la aplicación del ‘abuso del derecho del no cobro’.

Por su parte en los países anglosajones, donde rige el common law, se suele asemejar la doctrina de los actos propios con la conocida como “Estoppel”, cuyo significado se lo entiende como “una barrera de impedimento” o una asunción de posición que, de no ser mantenida, resultaría en una injusticia para la otra parte (https://www.trans-lex.org/100700/_/black-henry-campell-black-law-dictionary-6th-ed-st-paul-1990/). El factor que caracteriza al Estoppel anglosajón es que crea, una presunción sin prueba en contrario, acerca de que

una persona se ve impedida de afirmar o negar la existencia de un derecho por haberlo adquirido en relación a cierto actuar o haberlo adquirido por una manifestación positiva o negativa en el sentido opuesto a su actuar. Salvaguarda la buena fe y la confianza generada por una conducta inequívoca. La diferencia con la teoría de los actos propios es primeramente que el Estoppel surgió en la Edad Media, caracterizándolo como una presunción y no puede ser aplicada de oficio por un juez (Conf. Traducción propia del artículo por, Sombra, Thiago Luis S. “The Duty Of Good Faith Taken To a New Level: An Analysis Of Disloyal Behavior”, 9 J. Civ. L. Stud. 27, year 2016 , Bluebook 20th ed., extraído de Hein Online).

Se ha dicho que existen varias clasificaciones de Estoppel. El Estoppel by fact in país que coincide con la teoría de los actos propios, definido como no poder negar a posteriori o litigar sobre el derecho del adversario reconocido con anterioridad (Conf. Borda, Alejandro, La teoría de los actos propios, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 2017, p. 18). El Estoppel by representation, que, en resumidas cuentas, no varía del mencionado anteriormente, pudiéndose agregar que la representación se origina en palabras o conductas como forma de exteriorización de los actos propios (Op. Cit. p. 20). El Estoppel by record se asimila al efecto de la cosa juzgada, pero no por la sentencia en sí, sino por la colaboración de la conducta desplegada de las partes a fin de llegar al resultado en la sentencia (Op. Cit. p. 21). El Estoppel by deed es una declaración vertida en un documento sellado que no puede ser negada por el emisor de la declaración, no pudiendo discutirse la veracidad del contenido (Op. Cit. p. 22).

Ahora bien, la doctrina de los actos propios, necesita de una conducta jurídicamente vinculante, llevada a cabo dentro de una situación o relación jurídica. Es decir, hay un actuar positivo que luego se contradice, quebrando la confianza. Mientras que en la figura del abuso del derecho del no cobro, es la inacción prolongada la que crea una confianza, siendo la acción tardía la que rompe dicho marco. Ciertamente es que, el mero retraso en el ejercicio del derecho no es un accionar positivo, pero sí es una conducta: es la conducta de su propia inactividad. Conducta la que se contradice con el hecho de ejercer de forma tardía la pretensión, que sí es un accionar positivo que contraría la buena fe. Por ello, la diferencia fundamental radica en entender a la conducta en el ‘abuso del derecho del no cobro’ como la inactividad del titular del derecho, constituyendo un “no

ejercicio de su derecho” para luego reclamar la pretensión, momento en el cual se suscita la contradicción entre su inactividad y su actividad tardía.

Asimismo, la teoría de los actos propios, puede ser aplicada de oficio por el juez (Conf. Leiva Fernández, Luis F. P., “La doctrina sobre los actos propios y la pesificación”, Publicado en: LA LEY 2004-D, 1007 • IMP 2004-B, 2857, La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/1638/2004), mientras que la del abuso del derecho del no cobro, por configurarse a través del abuso del derecho, debe ser aplicada de oficio. La diferencia es ínfima, pero no por ello soslayable.

VII. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DAÑO EN RELACIÓN AL RETRASO DESLEAL O ABUSO DEL DERECHO DEL NO COBRO

La función preventiva del daño se encuentra receptada en los arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación, conocido como “mitigate damages” en la doctrina anglosajona.

Ahora bien, en relación al ‘abuso del derecho del no cobro’, cabe preguntarse: ¿Es posible prevenirlo?

El quid representa un problema a la hora de abordar la acción preventiva. Existen dos omisiones antijurídicas. La primera del deudor, que no paga su obligación (aunque siguiendo la doctrina del abuso del derecho del no cobro, no la paga por una inacción de su acreedor que crea dicha apariencia) y la segunda, es la omisión del acreedor de ejecutar la acción de cobro, por lo que los intereses siguen devengándose tornando más gravosa la situación del deudor. Cuando existen concurrencia de dos omisiones que son antijurídicas (deudor que no paga en su creencia por el abuso del derecho del no cobro y acreedor que no ejecuta), entonces debe someterse al test de interpretación de la norma: para prevenir, debe existir una omisión antijurídica (en el caso existen dos), y debe preverse la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Entonces, cabe preguntarse, ¿alguno de los sujetos (deudor o acreedor) sufre un daño que puede prevenirse? Entiendo que el acreedor no sufre daños por su omisión, pero sí los sufre el deudor.

En cuanto a la forma de encauzar la acción, si existe peligro inminente se puede aplicar una medida de tutela anticipada o medida cautelar autosatisfactiva, ambas provisionalmente, hasta tanto se dicte una sentencia preventiva definitiva que puede ventilarse bajo un proceso de conocimiento. En lo concerniente a la tutela anticipada se ha dicho que es aquella herramienta procesal la cual anticipadamente, frente al peligro inmediato, procura el objeto de la litis, el cual subsistirá o no con el posterior dictado de una sentencia que confirme o revoque dicha medida en base a prueba a producida. Es decir, la tutela anticipada es accesoria a la sentencia que se dictará con posterioridad. Por otro lado, la medida autosatisfactiva, se acciona inaudita parte, autónoma y no accesoria por lo cual satisface el objeto de la litis de forma definitiva (Márquez, Jimena, “Tutela preventiva en el derecho de daños. Colisión de derechos de igual jerarquía: la acción preventiva frente a la libertad de expresión”, Publicado en: RCCyC 2018 (octubre), 01/10/2018, 109, La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/433/2018). Opino que la herramienta procesal que más coincide con la naturaleza de la función preventiva es la tutela anticipada de la prestación que será confirmada o no mediante una sentencia fundada posterior.

Ya se ha dicho que el abuso del derecho del no cobro puede ser aplicado como defensa. Ahora bien, tengo la convicción de que es posible el planteo en sede judicial de la acción preventiva, a los fines de evitar la omisión abusiva por parte del acreedor, depositando el capital e intereses, pero no de forma íntegra, pues la omisión del acreedor en su abuso del derecho del no cobro provocó un perjuicio al deudor. De esta forma, quedaría patentada la buena fe del deudor y el abuso del acreedor. Bien puede tratarse de una tutela anticipada, depósito de dinero mediante, donde el juez, a los fines de prevenir la continua acumulación y evitar que se devengue intereses dicte un stop preventivo, para luego en un juicio posterior, discutir acerca del abuso del derecho del acreedor por no haber ejecutado su deuda en tiempo y los problemas que ello ocasionó (VG Piénsese en el deudor cuya deuda es ejecutada el día uno, no es tan gravoso como si fuese ejecutada al año, pues ello implicaría que se sobre endeude para pagar el mayor incremento de la deuda, etc.).

Nótese que lo que aquí se plantea no es un juicio de consignación. El lector perspicaz habrá notado que en ningún momento mencioné dicha acción en el presente

capítulo. Es que, no se debe olvidar que a los fines de poder realizar una acción de consignación su requisito fundamental es la mora del acreedor. Vale decir, el acreedor debe negarse al pago pues su falta de cooperación en la recepción del pago implicaría su mora (Conf. Calvo Costa Carlos A., “Derecho de las obligaciones- Teoría general de la obligación”, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2016, 2° ed., T. I, p. 432). Ello no es lo que sucede en el abuso del derecho del no cobro, pues, jamás el acreedor se niega a recibir el pago, sino que simplemente decide no ejecutar su crédito, perjudicando al deudor.

VIII. CONCLUSIONES

Resumiendo, según la postura que se opte, los autores reconocen tres elementos o le agregan un cuarto elemento a la teoría del ‘abuso del derecho del no cobro’, siendo el primero el elemento objetivo “tiempo”, pues, en el reclamo del acreedor existe una demora palpable. El segundo es un elemento subjetivo puesto que hace a la omisión del acreedor, siendo subjetivo pues, no tuvo la diligencia debida para reclamar su derecho, es culpable de su propia inactividad. El tercer elemento es la consecuencia de los elementos objetivo-subjetivo siendo la confianza generada o expectativa del deudor de que no será ejecutada la deuda o, de ser ejecutada, no se le imputarán todo el periodo de intereses provocados por la inactividad del acreedor. Por último, el cuarto elemento, el perjuicio, implica que satisfacer la obligación con los intereses devengados producto de la pasividad del acreedor, se ha convertido en gravoso para el deudor.

El ‘abuso del derecho del no cobro’ o Retraso desleal es aplicable a todo tipo de obligaciones, no solamente a aquellas de dar sumas de dinero.

Se vislumbra en la Argentina, su recepción en el fuero comercial, pudiendo ser aplicada al fuero civil por extrapolación, debido a que el retraso puede producirse en deudas civiles o comerciales. Postulo que el ejercicio tardío del derecho, el retraso desleal, configura una modalidad de abuso del derecho. No se debe olvidar que, vencido el plazo de la obligación, el deudor sabe que debe pagar, y el acreedor, sabe que debe reclamar, por ende, reclamar tardíamente implicaría un retraso desleal por la figura del abuso del derecho.

Es posible extraer que, en su aplicación de oficio, la Retraso desleal o 'abuso del derecho del no cobro' debe ser aplicado por los jueces al ser una modalidad del abuso del derecho según art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Es correcto señalar que, la inejecución por parte del acreedor en moneda extranjera, constituía un 'abuso del derecho del no cobro', pues, el deudor terminaba debiendo mayor moneda nacional para equiparar el valor de la moneda extranjera (dada la depreciación de la moneda nacional). Sin embargo ello fue positivamente solucionado gracias al Decreto n° 70/2023, que, al modificar los arts. 765 y 766 CCCN en materia de obligaciones de dar dinero, estableció que, el deudor se debe liberar entregando la moneda pactada y los jueces no pueden modificar, ni la forma de pago ni la moneda pactada, por lo que, una vez depositada la moneda extranjera, no podrá luego el acreedor pretender que se le entregue mayor moneda nacional para equiparar el valor, pues, deberá aceptar únicamente la especie en moneda extranjera.

En cuanto al deber de coherencia, abarca una conducta o comportamiento jurídico pudiendo ser acción u omisión debiendo ser serio -no animus jocandi, relevante entendido como la provocación de un alto grado de expectativa en el otro, previo pues hace a la esencia de la coherencia y propio -emanado del sujeto o representante. De mediar sucesivos reclamos que no provoquen dudas, la confianza provocada caería vedando la aplicación de la Retraso desleal o abuso del derecho del no cobro.

El efecto de la teoría de los actos propios consiste en que no extingue derechos, únicamente rechaza la pretensión contradictoria sumado a la opción el resarcimiento por violar la buena fe: funciona como una barrera. Mientras en el 'abuso del derecho del no cobro' el efecto es, responsabilizar por el comportamiento y luego compensar, disminuyendo el perjuicio causado por el accionar tardío del acreedor.

Sostengo que es posible prevenir el 'abuso del derecho del no cobro' mediante una acción preventiva de tutela anticipada, debiendo depositar el capital íntegro y los intereses que considera devengados el deudor, omitiendo los que considera abusivos por el abuso del derecho, debiendo dictar un stop preventivo el juez,

para luego en un juicio posterior, discutir acerca del Retraso desleal. Por último, no es posible aplicar la acción de consignación porque no hay mora del acreedor, sino comportamiento desleal por omisión.