

# RESPONSABILIDAD INDIRECTA POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. RÉGIMEN ACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y PAUTAS PARA SU MODIFICACIÓN\*

Leysser L. León Hilario\*\*

*Entre los más problemáticos asuntos en el ámbito de la responsabilidad civil, encontramos aquél que recae sobre un obligado cuando el interés del acreedor se vulnera por el obrar de los terceros que intermedian en la ejecución de la prestación. A pesar de que la responsabilidad indirecta es una institución de antigua data –pues sus antecedentes más remotos se encuentran en una sentencia de Gayo en el Digesto– hasta la fecha la doctrina no asume pacíficamente una postura sobre la naturaleza jurídica y los alcances de este tipo de responsabilidad.*

*El autor del presente artículo estudia las características, el desarrollo histórico y las diversas teorías que pretenden explicar el fenómeno de la responsabilidad indirecta por incumplimiento de obligaciones. El autor analiza además el régimen de la responsabilidad indirecta en el Código Civil peruano y propone que la regulación de este instituto adopte una tendencia más objetiva.*

## 1. PRESENTACIÓN

Debo a Carlos Cárdenas Quirós el estímulo inicial, y decisivo, para emprender un estudio sobre el tema del presente trabajo; a él, igualmente, tengo que reconocerle mucho de mi convencimiento acerca del provecho de la tarea. Desde aquella incitación primera, sin embargo, algunos años han transcurrido; en el decurso hasta la actualidad, diversos hechos fueron sumándose para enriquecer mi investigación.

En septiembre de 1994, con ocasión de un congreso de juristas que conmemoraba los diez años de vigencia del Código Civil peruano, conocí al doctor Enrique Carlos Banchio, un civilista argentino a quien, hasta hace muy poco, se debía el único libro en lengua castellana sobre la responsabilidad del deudor por hechos de terceros<sup>1</sup>. Era él un convencido de la necesidad de incorporar al Código Civil de su país una norma sobre la institución que nos había convocado, y accedió con gentileza a exponerme las directrices que, según su parecer, debían reglamentarla. A aquel prolongado diálogo, que pese a la cordial disposición de mi interlocutor no llegó a repetirse, le tengo que atribuir mi certeza de entonces, sobre lo limitado de mis avances, y la reafirmación definitiva posterior de mi interés por el tema.

\* El presente trabajo debe mucho a la consulta del material bibliográfico que me facilitaron los profesores Gastón Fernández Cruz y Hugo Forno Flórez; al tiempo de reconocer su generoso gesto, agradezco a ambos las sugerencias, siempre valiosas, que me brindaron en el veleidoso transcurso de mis indagaciones.

\*\* Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú. Jefe de Prácticas de Responsabilidad Civil, Universidad de Lima.

<sup>1</sup> Responsabilidad obligacional indirecta, Buenos Aires: Astrea, 1973. Id., con importantes reconsideraciones: "Fundamento de la responsabilidad obligacional del deudor por el hecho de otro". En: TRIGO REPRESAS, Félix y Rubén STIGLITZ (dir.): Contratos. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires: La Rocca, 1989, pp. 235-258

En el verano de 1998, consultando las novedades hemerográficas argentinas de San Marcos, tomé morosa noticia del fallecimiento de Banchio. Un emotivo testimonio del doctor Luis Moisset de Espanés<sup>2</sup>, su antiguo amigo y compañero de docencia en la Universidad Nacional de Córdoba, me hizo comprobar lo que ya me había sido dado intuir por la amabilidad del extinto profesor cuando hubo de departir conmigo: que sus cualidades de jurista equivalían exactamente a sus virtudes personales.

A la memoria de don Enrique Carlos Banchio, dos años después de su sentida desaparición, están dedicadas estas páginas.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Cuéntase entre las cuestiones más interesantes que abarca el vasto campo de la responsabilidad civil aquélla que pesa sobre un obligado cuando el interés del acreedor se vulnera por el obrar de los terceros que intermedian en la ejecución de la prestación.

La responsabilidad indirecta<sup>3</sup> por el incumplimiento de las obligaciones es la institución que compendia las implicancias jurídicas y patrimoniales que recaen sobre un deudor cuando la prestación que ha comprometido frente al acreedor no se cumple, o se verifica de manera inexacta (parcial, tardía o defectuosa), como consecuencia de la actuación de los terceros empleados por el primero para la ejecución de lo debido.

Hacia finales del siglo XIX, Max Rümelin y Philippe Heck, catedráticos de la Universidad de Tubinga, iniciaron el magisterio de que las instituciones jurídicamente consagradas son desenlaces de conflic-

tos de intereses; de que las distintas opciones normativas tienen como singularidad, y como rumbo natural, el coronamiento de una “disposición reivindicativa” (interés) en el ámbito jurídico, de forma tal que ella sea reconocida por la sociedad en su conjunto, y muy especialmente por la magistratura, llegado el momento de resolver las controversias atinentes a la correcta forma de interpretar el sentido un precepto o de cubrir una laguna del Derecho<sup>4</sup>.

Con el correr de los años, aquella doctrina, que hiciera fama bajo la denominación de “jurisprudencia de intereses” (*Interessenjurisprudenz*), que identificara a una escuela, y que trascendiera a los cenáculos de Italia, Francia, España, Inglaterra y Estados Unidos, inspirando por doquiera clásicos imperecederos de la cultura jurídica, ha padecido un sinnúmero de críticas y negaciones. Tengo para mí, sin embargo, que la verosimilitud de los argumentos de Rümelin y Heck no ha quedado totalmente desvirtuada; como ellos, creo que el análisis del contenido de intereses que prefigura cada una de las normas es una herramienta esencial para discernir y tomar decisiones en el nivel de la administración de justicia; y para sopesar, en el no menos laborioso nivel de la doctrina, las virtualidades de una institución jurídica, determinar cuán conveniente es su actualidad, exponer pautas para su reformulación, o argumentar, si fuera el caso, la necesidad de su eliminación.

Así me lo demuestra, a propósito, una intuitiva formulación del problema de la responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones debida a Francesco Ferrara. En una extensa monografía de 1903, identificados los supuestos de la especie de responsabilidad que nos ocupa, el jurista

<sup>2</sup> En: “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, t. XXXV, Córdoba, 1996, pp. 377-379.

<sup>3</sup> El error de plantear la existencia de una responsabilidad “indirecta” fue ya subrayado por Stefano RODOTÀ [*Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 81] con estos términos: “Es evidente la inexactitud en la que incurre quien habla de responsabilidad directa o indirecta: sobre todo, porque en tal caso, debería hablarse de un obligado directo o no; y más precisamente, porque el deber de resarcimiento nace siempre de manera directa, a continuación del juicio de responsabilidad”. Con un razonamiento distinto, Rubén COMPAGNUCCI DE CASO [“Responsabilidad contractual indirecta” (Nota a fallo), en “Revista Jurídica Argentina La Ley”, Buenos Aires, t. 1992-B, p. 313] opina que la responsabilidad del deudor por hechos de los auxiliares es invariablemente directa, “pues quienes obran con esa culpa, son aquellos de los que se sirve el deudor para el cumplimiento, y no existe sustitución jurídica que admita una especie de traslado indirecto de responsabilidad”. Por mi parte, concuerdo con Adriano DE CUPIS [El daño (2ª ed. 1966-1970), tr. de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1975, n. 128, p. 684; *ivi*, p. 674, nota 115] y creo, como él, que sí es posible hablar de una responsabilidad indirecta, pero limitada a significar los casos en los que aquélla “recae en una persona extraña a la producción causal del daño”.

<sup>4</sup> Vid. HECK, Philippe. *Das Problem der Rechtsgewinnung* (1912), tr. castellana de Manuel Entenza, Ariel, Barcelona, 1954, §7, p. 68 *et seq.*; id., “Jurisprudencia de intereses” (1933), tr. del alemán por Manuel González Enríquez. En: “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, t. IV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948, p. 529 *et passim*. Igualmente: LARENZ, Karl: *Rechts-und-Staats Philosophie* (2ª ed., 1935) tr. castellana de Eustaquio Galán Gutiérrez y Antonio Truyol Serra, Revista de Derecho Privado, 1942, pp. 43-44; DE COSSÍO, Alfonso: “Jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de intereses”. En: “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, año LXXXVIII, 2ª época, t. VI, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943, p. 463 *et seq.*; MOLITOR, Eric y Hans SCHLÖSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Ein Studienbuch* (1975), tr. castellana de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1980, p. 160.

italiano exponía la pugna de reivindicaciones que se encontraba en su base; un conflicto de intereses entre los sujetos de la relación obligatoria: el deudor, desde cuya perspectiva es arbitrario, tanto que se le impute una responsabilidad “desmesurada e invisible” por las acciones de un ajeno, las cuales no estaba en capacidad de evitar, como que se le haga responder sin haber incurrido en culpa; y el acreedor, para quien es injusto, en primer lugar, que a pesar de encontrarse ligado sólo con el deudor, habiendo confiado exclusivamente en la puntualidad y solvencia personales de éste, tenga que encarar, luego, a un tercero que le es desconocido, a alguien con quien no ha contratado; y en segundo lugar, que deba padecer las consecuencias fatídicas de la intervención de una persona del todo extraña para él, la cual no se podía presumir<sup>5</sup>.

Años después, en Francia, Émile Becqué resumía el problema de la responsabilidad contractual *du fait d'autrui* en la pregunta sobre si el deudor debía responder *vis-à-vis* frente al acreedor cuando la ejecución de la obligación, a cargo de aquél, se tornaba imposible, o ya no podía llevarse a cabo conforme con lo estipulado en el contrato, siempre que tales implicancias se debieran a la intervención de terceros, introducidos en el cumplimiento por decisión del deudor mismo; o si en la misma situación, por el contrario, se debía reconocer al deudor la posibilidad de invocar a su favor el hecho de los terceros, como si éste representara una causa de liberación de responsabilidad<sup>6</sup>.

Cualquiera de las dos fórmulas citadas, a las que podríamos añadir otras versiones, se caracteriza por poner de manifiesto cómo, verificado el incumplimiento o el cumplimiento inexacto a causa del actuar de los colaboradores del deudor, los intereses de éste y del acreedor disponen de argumentos para ser protegidos por el Derecho, de forma tal que ninguno de los dos sea subestimado *a priori* en el

momento de estructurar la regla jurídica aplicable al supuesto<sup>7</sup>; así, pues, o bien se salvaguarda la indemnidad del acreedor, y la confianza que éste deposita en el obligado, o bien se desconoce que el deudor pueda ser responsable por un hecho no propio. Actualmente, se ha llegado a un estadio de pacífica convicción ante el criterio (ya admitido como principio general, ya legalmente estipulado) según el cual, en un contexto semejante, el interés que debe prevalecer es, primariamente, el del acreedor; hay una tendencia difundida, entonces, que reconoce al deudor como el sujeto que debe responder por los daños causados por los auxiliares que emplea en el cumplimiento.

Ordinariamente, instituciones y principios jurídicos se encuentran cifrados en el texto de cada una de las normas que compone un cuerpo legal. Algunas líneas del Código Civil peruano nos brindan la idea del contrato, de la propiedad, del testamento; otras consagran los principios de identidad del pago, del *numerus clausus* en los derechos reales, de la irrevocabilidad de la oferta. En el artículo 1325 se ha hecho lo propio con la responsabilidad del obligado por los hechos de los terceros que emplea en el cumplimiento de su débito, al prescribirse: “El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario”<sup>8</sup>.

Superado, por regla expresa, el dilema de la admisibilidad de la institución, que continúa concentrando la atención de la doctrina y jurisprudencia extranjeras, el problema que se suscita en nuestro Código Civil radica en que, pese a permitirse, *ex artículo 1325*, que las partes pacten “en contrario”, esta concesión legal figura antecediendo a una norma en la que se prohíbe, justamente, los convenios de exoneración de responsabilidad por dolo o culpa de los auxiliares en el cumplimiento.

<sup>5</sup> FERRARA, Francesco. “Responsabilità contrattuale per fatto altrui” (1903), en *id.*, *Scritti giuridici*, t. II. Milano: Giuffrè, 1954, p. 6. La formulación, como el mismo FERRARA hubo de reconocerlo (*ibidem*, nota 2) se debió a PFAFF, RANDA y STROHAL. *Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30 Hauptstückes im II Theil des a.b. Gesetzbuches*, Wien, 1880, p. 155.

<sup>6</sup> BECQUÉ, Émile. “De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle”. En “*Revue Trimestrielle de Droit Civil*”, t. XIII. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914, p. 260. Los términos de esta formulación del problema fueron recogidos, en la doctrina sudamericana, por ACUÑA ANZORENA, Arturo. “Responsabilidad contractual por el hecho de otro”, I. En “*Jurisprudencia Argentina*”, t. 53, Buenos Aires, 1936, sección doctrina, n. 2, p. 2.

<sup>7</sup> FERRARA escribió mientras regía el Código Civil italiano de 1865, el cual, a imitación del Código de Napoleón (promotor, a su vez, de la obra de BECQUÉ) no contenía una norma precisa que disciplinara la responsabilidad indirecta por incumplimiento. El problema de la ausencia de norma expresa sobre la materia identifica otros códigos afines al peruano, como los de España y Argentina; por lo demás, aquélla era la misma situación que se constataba en nuestro ordenamiento jurídico durante la vigencia de los códigos civiles de 1852 y 1936.

<sup>8</sup> La norma se inspira en el artículo 1228 del Código Civil italiano de 1942: “Salvo voluntad distinta de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale del obrar de terceros, responde igualmente de los hechos dolosos o culposos de ellos”.

En efecto, en el primer párrafo del artículo 1328 se lee: “Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga”. ¿En torno de qué, nos preguntamos, podrían “pactar en contrario” los sujetos de la relación obligatoria? “Un acuerdo de asunción de responsabilidad *tout court*, incluso por culpa leve de los auxiliares”, responderían algunos. Ciertamente, tal sería la única salida concebible si admitiéramos que el sistema de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones fuera rigurosamente subjetivista. No me cuento entre quienes practican ese magisterio; creo, en oposición, que la responsabilidad indirecta por incumplimiento de las obligaciones es una de las más serias manifestaciones de la evolución de la responsabilidad obligacional entera hacia un fundamento de carácter objetivo; de la superación, en suma, del dogma de la culpa del deudor como la privilegiada base de la responsabilidad por incumplimiento.

Expondré, pues, una defensa de las bases objetivas de la responsabilidad del deudor por los hechos de sus auxiliares. La finalidad no es otra que la de demostrar, con miras a una eventual modificación, las inadvertencias cometidas en la concepción del artículo 1325, al exigir el dolo o la culpa inexcusable de los auxiliares como requisito para la atribución de responsabilidad al deudor que de ellos se sirve.

También es menester establecer cómo debe ser concordada la admisión del “pacto en contrario” que incide sobre la responsabilidad obligacional indirecta, y la regla prohibitiva de exoneración por este tipo peculiar de responsabilidad. A diferencia del problema precedentemente expuesto – el de si es necesaria la culpabilidad de los auxiliares – no me cabe duda de que en esta segunda cuestión ha mediado un desatino de sistematización, de los codificadores, pues es palmariamente opuesto a la libertad de los contratantes que se les impida hacer de cargo de uno solo de ellos (el acreedor) o del auxiliar mismo, las consecuencias perjudiciales del accionar de éste. Básteme con destacar, de momento, el hecho de que con menor temeridad – si no es que más ponderadamente – el legislador italiano estipuló en el artículo 1229 de su Código Civil, sólo la nulidad de los pacto

excluyentes o limitativos de la responsabilidad por dolo o culpa grave del deudor; no hay en dicha regla – equivalente al artículo 1328 del Código Civil peruano – ninguna alusión a la responsabilidad por dolo o por culpa inexcusable de los auxiliares.

### 3. CARACTERIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INDIRECTA POR INCUMPLIMIENTO.

#### 3.1. Presupuestos.

Al margen de los requisitos que son comunes a todo supuesto de responsabilidad civil – el daño injustamente causado y demás – la responsabilidad indirecta por incumplimiento de obligaciones precisa que la participación de los terceros se deba a la propia voluntad del deudor, y que la intervención de aquéllos tenga lugar en la ejecución de la prestación, o en el cumplimiento de los diversas imposiciones que integran la situación jurídica de débito.

Así las cosas, la figura bajo análisis se diferencia claramente del denominado “pago por tercero”. Como es sabido, *ex* artículo 1222 del Código Civil peruano, es dable que cualquier persona satisfaga, por propia decisión, el débito ajeno; la admisión de este medio satisfactorio del crédito no está limitada por la voluntad del deudor; éste puede consentirlo o no, pero solamente un pacto prohibitivo previo o la naturaleza de la prestación comprometida pueden impedirlo. El tercero que cumple por cuenta del otro satisface el interés creditorio y sólo los efectos liberatorios de su conducta (respecto del acreedor originario) inciden sobre el deudor<sup>9</sup>. En el cumplimiento por tercero, contrariamente, se considera que la prestación es satisfecha por el deudor; es éste quien paga, si bien valiéndose del comportamiento de colaboradores, que desempeñan un rol puramente instrumental. Como vislumbró Giovene, la intervención de auxiliares no altera la estructura original de la relación obligatoria en su ámbito subjetivo: para el acreedor es irrelevante que sea el tercero, y no el deudor, quien actúa; para él, igualmente, los procederes del deudor y su auxiliar son equivalentes<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Vid., por todos, DI MAJO, Adolfo: *Delle obbligazioni in generale* (art. 1173-1176). En: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano*, Bologna: Nicola Zanichelli Editore/ Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1988, pp. 404-405.

<sup>10</sup> GIOVENE, Achille: *L'impossibilità della prestazione e la "sopravvenienza" (La dottrina della clausola "rebus sic stantibus")*. Padova: CEDAM, 1941, p. 193 *et seq.*

Mediante sentencia del 16 de julio de 1991 [en «Revista Jurídica Argentina La Ley», n. 90.309, pp. 312-319] un tribunal bonaerense resolvió que “como los establecimientos asistenciales se valen de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento integral de su obligación, habrán de responder por la culpa en que incurran sus sustitutos, auxiliares o copartícipes en razón de la irrelevancia jurídica de tal sustitución, ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero del cual éste se valga para sus fines; y de la equivalencia de comportamientos del obligado y de sus sustitutos, que determina que el hecho de cualquiera de ellos se considere como si proviniese del propio deudor” (**bastardilla añadida**).

No es inusual -y por lo mismo no ha de llamar la atención- que al llevar a efecto la prestación a su cargo, el deudor se sirva de la actuación de personas ajenas a la relación obligatoria que tiene establecida con el acreedor. La naturalidad de este fenómeno radica en el hecho de que una división de las labores perdería sus ventajas habituales si se pretendiera establecer como regla que será únicamente el deudor quien deba tomar a su cargo la realización efectiva de la conducta que ha de satisfacer el interés de su contraparte.

Sea, por ejemplo, el caso del titular de un establecimiento de mecánica automotriz que tuviera que efectuar por cuenta propia todas las reparaciones solicitadas por sus clientes. Repárese, de un lado, en los ingresos que el dueño del negocio dejaría de percibir en dicho supuesto, ya que tendría que restringir sus servicios a un limitado número de clientes, conforme con la medida de su disposición para satisfacer la demanda sin requerir ayuda; y de otro lado, en el perjuicio que se generaría para los usuarios, que se verían forzados a contar, en todos los casos, de la asistencia personal de un mecánico; como es evidente suponer, la coincidencia de tales hipótesis elevaría ineluctablemente el costo de los servicios<sup>11</sup>.

La especulación económica referida a las ineficientes consecuencias arriba descritas, nos permite comprender, pues, por qué es legítimo brindarle al obligado originario la posibilidad de valerse de terceros para el despliegue de su actividad debitoria, ya sea que ésta tenga o no carácter empresarial. Los

colaboradores o auxiliares son los que, sin sustituir al obligado en su posición como tal frente al acreedor, ejecutan la conducta, practican la abstención, o entregan la cosa comprometida por aquél; por modesto que fuera su desenvolvimiento, los terceros son componentes de una suerte de organización que es presidida por el deudor<sup>12</sup>.

Siendo la intervención de los terceros una mera circunstancia práctica, impuesta por la razonabilidad de la división del trabajo, es natural que para efectos de la atribución de responsabilidad al deudor por la conducta ajena sea indiferente el hecho de que entre ambos exista una relación de dependencia.<sup>13</sup> Sí se considera fundamental, en cambio, que la intromisión de los auxiliares se produzca por iniciativa del deudor, y en el cumplimiento de la prestación o en la observancia de los deberes que éste tiene a su cargo; “no hay auxiliar – anota Jordano Fraga – ni posible responsabilidad contractual del deudor por él, sino cuando el tercero que interviene en el marco de lo debido, según la relación obligatoria de la que el deudor es parte, lo hace autorizado o legitimado por éste: por encargo suyo o con su consentimiento”<sup>14</sup>; así mismo, “para afirmar la responsabilidad contractual indirecta del deudor por su auxiliar, no basta con que éste realice una conducta antijurídica y dañosa para el acreedor, sino que la ilicitud o antijuridicidad de ese daño ha de resultar, precisamente, de la vulneración o incumplimiento de alguno de los deberes que específicamente pesan sobre el deudor/principal, en tanto que parte de una determinada relación obligatoria”<sup>15</sup>; deberes de conserva-

<sup>11</sup> Con razón, se ha sostenido que en el caso de los servicios prestados en establecimientos de mecánica el acreedor sabe de antemano que la atención no le va a ser brindada por el titular del negocio; equivalentemente, este último debería suponer que le serán atribuidas las consecuencias dañosas suscitadas por el actuar de sus auxiliares. Así: DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Fundamentos del Derecho civil patrimonial, vol. II, 5a. ed.. Madrid: Civitas, 1996, p. 593.

<sup>12</sup> Así: BARASSI, Lodovico: *Teoria generale delle obbligazioni*, 2ª ed., vol. III, Giuffrè, Milano, 1948, n. 316, p. 325. Vid. FERRARA, *op. cit.*, p. 118; BECQUÉ, *op. cit.*, p. 265; ACUÑA ANZORENA, *op. cit.*, V, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 54, 1936, sección doctrina, n. 35, p. 41 *et seq.*; GIUSIANA, Enrico. *Il concetto di danno giuridico*. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1944, p. 272; HEDEMANN, Justus Wilhem. *Schuldrecht des bürgerlichen Gesetzbuches*, tr. castellana de Jaime Santos Briz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 42; CATTANEO, Giovanni, *La responsabilità del professionista*, Milano: Giuffrè, 1958, p. 106; BANCHIO, Responsabilidad obligacional indirecta, *cit.*, p. 78 *et seq.*; BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, t. IV, Giuffrè, 1990, n. 144., p. 280; JORDANO FRAGA, Francisco: *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994, p. 45.

<sup>13</sup> MESSINEO, Francesco: *Manual de derecho civil y comercial*, tr. del italiano por Santiago Sentís Melendo, t. IV, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 114, p. 236; y todos los autores citados en la nota precedente. Mediante fallo de 14 de diciembre de 1985, la Corte de Casación italiana estableció: “La calificación como ‘guardia bajo juramento’ del personal dependiente de una entidad privada de vigilancia no afecta la naturaleza privada de la relación de trabajo subordinado respectiva, ni la concesión al acreedor del trabajo de los poderes normales de dirección y de control, en orden al cumplimiento en las tareas confiadas, y no es relevante, por lo tanto, para excluir que la entidad misma, en relación con un deber de vigilancia asumido frente a terceros, tenga también que responder por los hechos del antedicho personal, de acuerdo con el art. 1228 del Código Civil”. En: NICOLÒ, Rosario y Mario STELLA-RICHTER (dir.): *Rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile*, anni 1984-1988, t. III-1, Giuffrè, Milano, 1990, p. 1480.

<sup>14</sup> JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 113; del mismo autor, con anterioridad, *La responsabilidad contractual*, Madrid: Civitas, 1987, p. 561 *et seq.*

<sup>15</sup> JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares ...*, *cit.*, pp. 175-176; y en *La responsabilidad contractual*, loc. cit., esp., p. 562; los juristas alemanes han delimitado con precisión el ámbito objetivo (los hechos por los que responde el deudor) en esta especie de responsabilidad, excluyendo los daños producidos “con mera ocasión” del cumplimiento: ENNECCERUS, Ludwig y

ción y de protección y situaciones jurídicas subjetivas pasivas similares, que el deudor asume como efecto de su posición en la relación obligatoria, son factibles de inobservación. Fuera del marco del cumplimiento de lo pactado, los daños causados por los auxiliares siempre pueden ser resarcidos, pero por la vía de la responsabilidad extra-contratual.

Admitida que fuera la intervención de terceros, con el objeto de no menoscabar la eficiencia del intercambio de bienes y servicios, es pertinente ponderar, a continuación, cuál es el grado exacto en que tiene que ampliarse la responsabilidad del deudor cuando éste no realiza la prestación personalmente; para tal fin, interesa precisar el fundamento de la responsabilidad indirecta por incumplimiento de las obligaciones.

### 3.2. Fundamento.

#### 3.2.1. Apunte histórico.

En el esplendor de la civilización romana, la responsabilidad obligacional por hecho ajeno no mereció una regulación privativa. Quizá debido al carácter esencialmente casuístico con el que los juristas de aquel período singularizaron sus reglas de derecho, la ausencia de una normativa expresa, y el prudente recurso a la abstracción, marcaron la pauta en el tratamiento del común de las instituciones jurídicas. No obstante ese rasgo, los investigadores han identificado en una máxima sobre el contrato de locación-conducción, contenida en el Digesto, uno de los antecedentes más digno de crédito respecto de la figura bajo examen. Débese a GAYO la sentencia: "*Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestet, si qua ipsius eorumque,*

*quorum opera uteretur, culpa acciderit*", esto es, "El que tomó en arriendo el transporte de una columna, si ésta se rompió al retirarla, llevarla o dejarla en su sitio, ha de ser responsable de este riesgo si hubiese ocurrido con culpa del mismo o de aquellos que están a su servicio" (*Gaius D.19,2,25,7*)<sup>16</sup>. Tratábase, pues, de un supuesto en el que se imponía la reparación del daño (la destrucción de la columna con ocasión de su porteo) aunque el mismo se debiese a la desafortunada intervención de personas distintas del transportista, al que directamente había contratado el consignatario del bien.

Durante la Edad Media, pese a que no se encontraba estipulada en un estatuto, en el nivel de las corporaciones primó la regla de que el patrón de una bodega tenía que ser considerado responsable frente a sus clientes por los daños causados a éstos por obra de los aprendices que aquél tenía a su cargo; comprendíanse en este campo, tanto la simple inejecución de la prestación como la ejecución defectuosa, que eran sancionadas mediante la imposición de severas multas a los dañadores<sup>17</sup>.

Muy posteriormente, con la aparición en Europa de los primeros cuerpos normativos de Derecho civil, Como los códigos de Austria (1811) y de Sajonia, el *Landrecht* prusiano, la primera versión del Código de las Obligaciones suizo (1881), y con la acentuación de una práctica jurisprudencial favorable, a la que no fueron ajenos los países del *Common Law*, la responsabilidad indirecta por incumplimiento de obligaciones terminó de vislumbrarse como un principio general. En el Derecho de Sajonia imperaba la regla según la cual, el deudor estaba imposibilitado para hacerse sustituir en el cumplimiento, y si lo hacía era directamente responsable por su decisión<sup>18</sup>.

Henrich LEHMANN. *Recht der Schuldverhältnissen*, tr. castellana de Blas Pérez González y José Alguer, 2ª ed. al cuidado de José Puig Brutau, vol. I. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954, § 44, pp. 235-236; LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, *Allgemeiner Teil*, tr. castellana de Jaime Santos Briz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, § 19, p. 292; HEDEMANN, *op. cit.*, § 19, pp. 163-164; MEDICUS, Dieter: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil* (2ª ed., 1992), tr. castellana de Ángel Martínez Sarrión, t. I, Bosch, Barcelona, 1995, § 29, pp. 158-159. La misma tendencia prevalece en la doctrina argentina desde ACUÑA ANZORENA, *op. cit.*, IV, en "Jurisprudencia Argentina", t. 54, n. 28, pp. 1-3; entre los estudios más recientes: ZAGO, Jorge Alberto. "Responsabilidad contractual indirecta". En ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto M. LÓPEZ CABANA (dir.). La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isodoro H. Goldenberg, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 237; y AGOGLIA, María; BORAGINA, Juan y Jorge A. MEZA: Responsabilidad por hecho ajeno. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 180

<sup>16</sup> Tal es la traducción del latín que se adopta en El Digesto de Justiniano, t. I, edición en castellano al cuidado de Alvaro D'Ors *et al.*, Pamplona: Aranzadi, 1968, p. 720.

<sup>17</sup> Vid. FERRARA, *op. cit.*, p. 55 *et seq.*; BECQUÉ, *op. cit.*, p. 270, nota 4; BANCHIO, Responsabilidad obligacional indirecta, *cit.*, p. 19. En el campo del Derecho Marítimo, normas como el *Statut de Marseille* (Francia) y el *Statuto di Ancona* (Italia), hicieron igualmente responsables a los capitanes de buques, por los daños que su tripulación ocasionara al equipaje transportado (*ibidem*).

<sup>18</sup> Vid. FERRARA, *op. cit.*, p. 60 *et seq.*; BECQUÉ, *op. cit.*, pp. 272-273. A parte de semejante régimen, el principio se aplicó, ya, en el Código de Comercio alemán de 1861, cuyo artículo 400 estableció la responsabilidad del transportista por los agentes y demás personas de las que se sirviese para llevar a cabo su encomienda (*ibidem*).

### 3.2.2. Génesis de las teorías subjetivistas.

Llamo teorías subjetivistas a aquéllas que para atribuir responsabilidad al obligado por hechos de los terceros que utiliza en el cumplimiento exigen el requisito de la concurrencia de un único factor de atribución: la culpabilidad, en cualquiera de sus especies tradicionales, el dolo y la culpa.

Si bien tradicionalmente se ha calificado como “subjetivistas” a las doctrinas que centran su análisis en la culpa del deudor, creo que no hay razón que impida comprender, también en este campo, a aquéllas que, por prestar atención al comportamiento desenvuelto por los terceros, trasladan el examen de la culpabilidad a este nivel. Asumo, por lo tanto, que son no menos subjetivistas las teorías que consideran responsable al deudor solamente cuando media la culpa o el dolo de sus auxiliares. El ya citado texto de Gayo, sobre la responsabilidad del porteador de la columna, fue el punto de partida de las primeras tesis subjetivistas. Con el correr del tiempo, habíase suscitado una ardua controversia lingüística sobre la forma correcta de entender la expresión latina “*eorumque*” contenida en la regla justiniana<sup>19</sup>. Un sector de la doctrina interpretó dicha voz en sentido conjuntivo, y resultaba, así, que para establecer la responsabilidad indirecta del porteador se requería de la suma de dos culpas: la de éste y la de sus asistentes<sup>20</sup>. El enfoque de la culpabilidad del deudor se centró, o en su falta de cuidado en la elección de un personal idóneo para la ejecución de la prestación, inocuo para el acreedor (*culpa in eligendo*), o en su descuido al controlar la actividad de ese personal (*culpa in vigilando*); ambas especies se convirtieron en las bases conceptuales sobre las que se apoyó la dilatada andadura de la tesis subjetivista, en su versión original<sup>21</sup>.

Un ejemplo de aplicación reciente de la doctrina subjetivista más *naïve* pertenece a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España. Un dentista y la clínica en la que él laboraba fueron demandados para que indemnizaran a una dama por los daños derivados de una endodoncia mal practicada: un fragmento de la desgastada lima que se utilizó durante un tratamiento se desprendió y quedó incrustado en una pieza dentaria sana; ésta tuvo que ser extraída para eliminar el elemento extraño.

En las instancias iniciales, no se halló una fórmula que trasladara las consecuencias de la falta del facultativo, por su clamorosa infracción de las reglas de la *lex artis*, al centro médico que lo tenía a su servicio; toda la carga por el daño se hacía recaer en aquél, a la vista del grave despropósito cometido (no revisar el material quirúrgico). En oposición, el Tribunal estableció, a su turno, que sí debía pesar una responsabilidad sobre la clínica, porque la paciente damnificada no había recabado directamente la asistencia de un profesional concreto y determinado: había, más bien, acudido a una institución, la cual tomó a su cargo la designación del odontólogo que, a la larga, provocó el daño. Fue, pues, una mala elección (*culpa in eligendo*) lo que, a entender de los magistrados del Tribunal, hacía que la clínica también fuera responsable por el obrar desatinado del autor material del hecho: uno los miembros de su plantel de profesionales<sup>22</sup>.

De índole igualmente subjetivista fue la denominada teoría “de la representación”; según ésta, la especie de responsabilidad que nos ocupa se fundaba en la imposibilidad para el acreedor de distinguir las voluntades del deudor y de sus colaboradores como fuentes del incumplimiento: ambos eran uno solo frente a aquél. Uno de sus

<sup>19</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*, 1st. ed. (1990), reprinted. South Africa: Juta & Co. Ltd. / Deventer (Holanda): Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, pp. 399-400. Confer: FERRARA, op. cit., p. 38 et seq.; JORDANO FRAGA. La responsabilidad del deudor por los auxiliares..., cit., p. 356 et seq.

<sup>20</sup> En las anotaciones a su célebre *Lehrbuch des Pandektenrecht*, WINDSCHEID enunció que la responsabilidad indirecta requería, a parte de la culpa de los auxiliares, de la concurrencia de la falta de cuidado del deudor mismo en la elección de aquéllos (*culpa in eligendo*). Me remito a la edición italiana de la obra: WINDSCHEID, Bernhart. *Diritto delle Pandette* (7a. ed., 1898), vol. II, parte 2, tr. Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1904, p. 401, nota 5, pp. 147-148.

<sup>21</sup> En una obra concebida hacia finales del siglo XIX [GIORGI, Giorgio. *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno* (7ª ed. italiana), vol. II, tr. por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1909, n. 143, p. 204] un autor italiano testimoniaba: “Rige también hoy el principio romano de que todo deudor es responsable del hecho de los terceros, de los cuales se sirvió para cumplir la obligación, si se le puede achacar *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, o cuando se haya valido del acto del tercero en una prestación que, por la índole del contrato o por pacto explícito, hubiera debido cumplir personalmente, ya que en tales casos concurre la culpa del deudor mismo”.

<sup>22</sup> Tribunal Supremo Español: Sentencia del 22 de febrero de 1991, doña Pilar Herráez García de Montesinos contra “Cirden S.A.” (propietaria de la Clínica Janos) y don Antonio Muro Aceña, médico de dicha clínica, sobre responsabilidad por culpa o negligencia. Los antecedentes fácticos de la resolución los he tomado de JORDANO FRAGA, Francisco. “Sobre la no aplicación efectiva de un principio general de responsabilidad contractual por los auxiliares de cumplimiento del deudor” (Comentario de Jurisprudencia), en “Anuario de Derecho Civil Español”, t. XLVI, fasc. II. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993, pp. 915 et seq.

sostenedores postuló que cuando el obligado llevaba a efecto su débito mediante interpósitas personas, éstas ejercían una representación “impropia”, no pactada, a resultas de la cual su desempeño incidía directamente en la esfera de quien las había comisionado<sup>23</sup>.

La representación “impropia” no fue sino un artificio ideado para encontrar la fuente de la responsabilidad - siempre la culpa - en el comportamiento del deudor; por otro lado, al asumirse que las voluntades formaban una sola entidad, ni siquiera era propio hablar de responsabilidad indirecta: invariablemente, el obligado tenía que ser considerado como el autor material del evento dañoso.

Más recientemente, el jurista español Ferrán Badosa Coll ha renovado la perspectiva subjetivista del fundamento de la responsabilidad contractual por el hecho de otro. Su primer paso es la negación del valor de la distinción entre la *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando* en lo atinente al instituto, puesto que el fenómeno que verdaderamente interesaría resolver con los mecanismos jurídicos es el de la intromisión de un ajeno en el cumplimiento; intromisión que obedece a la voluntad del deudor. Pretendiendo “objetivar” su posición, el autor citado aduce que los daños ocasionados al acreedor como consecuencia de la intervención de los auxiliares son de cargo del directamente obligado, porque es a éste a quien se debe la circunstancia de que el tercero se encuentre en situación de dañar, porque al deudor le es imputable la legitimación del tercero para intervenir, todo lo cual constituiría una infracción del deber de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones<sup>24</sup>.

En mi opinión, la propuesta de Badosa Coll que se acaba de describir no merece ser separada del campo de las tesis subjetivistas. Postular una especie de “culpa objetivada” del deudor - si se me permite la expresión - como fundamento de su responsabilidad por el hecho de sus auxiliares, y consistente en la decisión de aquél de servirse de terceros, no es más que generar una argucia verbal para esconder una nueva interpretación subjetivista: el deudor siempre tendrá que responder por “culpa”; el tenue

matiz que se introduce es que esa culpa ya no está asociada ni con la elección ni con la supervisión de los auxiliares, sino sólo con la participación de éstos en la ejecución de la prestación.

### 3.2.3. Superación de las teorías subjetivistas.

Bien asentado, como estaba, el dogma de “ninguna responsabilidad sin culpa personal”, sólo un grupo minoritario de juristas - entre ellos Ferrara - descreía de que el deudor, para asumir responsabilidad por los daños generados por la actividad de sus auxiliares, tuviese que incurrir, él mismo, en una de las especies de la culpa.

En la actualidad, empero, bien podemos afirmar que se encuentra cercano el consenso definitivo en cuanto a la admisión, por parte de legislación, la doctrina y la jurisprudencia que nos es afín, de que la culpa, en cualquiera de sus especies, no es más el fundamento invariable de la responsabilidad contractual indirecta.

Casi podría sostenerse que un camino distinto - y a final de cuentas, negador - del seguido por los propugnadores de las teorías subjetivistas se formó de manera paralela a éstas. Admitida nomás la posibilidad de hacer responsable a una persona por el hecho de otro en materia contractual, el favorable resultado de la expurgación de las fuentes del Derecho romano hizo que se decantara un nuevo principio; una regla debida al célebre Paulo: “*Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*”, o sea, “Es conforme a la naturaleza que las ventajas de una cosa correspondan al mismo que sufre los inconvenientes” (*Paulus D. 50,17,10*)<sup>25</sup>; quien obtiene un beneficio mediante una conducta, debe resarcir, en correspondencia, los perjuicios que ella genere a los demás: “*cuius commoda eius incommoda esse debent*”, según reza su versión más difundida.

Desde antaño, inspirados por aquella regla, los juristas han reparado en el hecho de que la responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento tiene como sustento una razón de carácter socioeconómico antes que jurídico.

<sup>23</sup> CHIRONI, Gian Pietro: La culpa en el Derecho civil moderno: Culpa contractual, tr. del italiano por Adolfo Posada, 2ª ed., Hijos de Reus, Madrid, 1907, n.176, p. 454; tal fue la tesis a la que se plegaron, entre otros, MAZEAUD, Henri y Léon, y André TUNC. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual (5ª ed.), tr. del francés por Luis Alcalá Zamora y Castillo, t. I, vol. 2, Buenos Aires: EJE, 1977, n. 992, p. 699 *et seq.*; *ivi*, sin embargo, y con especial atención, el parecer discrepante de TUNC; y PUIG PENA, Federico: Tratado de Derecho civil español, t. IV, vol. 1, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1974, p. 241 *et seq.*

<sup>24</sup> BADOSA COLL, Ferrán: La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, p. 774 *et seq.*

<sup>25</sup> *Vid.*, El Digesto de Justiniano, ed. cit., t. III, p. 870.

Becqué calificó a la especie como una “imperiosa necesidad económica” sin la cual era impensable la protección eficaz del público, de la clientela. Esa misma idea, sin embargo, prefiguraba la renovadora tesis: que exigir la culpa personal del deudor era asegurar una situación privilegiada para los grandes industriales; la prueba de culpabilidad contra éstos era de ejecución más difícil que aquella requerida para hacer responsable a un pequeño artesano; consciente de ello, el autor francés hubo de expresar: “El deudor debe padecer el riesgo de la inejecución por el hecho de sus auxiliares; para él, dicho riesgo se limita a constituir un ‘pasivo’ de su empresa: la contrapartida del ensanchamiento de su actividad económica que los auxiliares le procuran”<sup>26</sup>.

Las reacciones iniciales contra las tesis subjetivistas – que condicionan el posterior estadio de primacía y diversificación de las tesis objetivistas – se inspiraron, pues, en un dato metajurídico: aquél vinculado con las virtualidades de la intervención de auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones en el plano socioeconómico. Un criterio de equidad, ya vislumbrado en las primeras líneas del presente trabajo, impone que el ensanchamiento del campo de actividad del deudor – al valerse de la conducta de terceros para su propio provecho – tenga que ser compensado, con el recurso de los mecanismos jurídicos, con un resguardo conveniente de los intereses del acreedor frente a los daños que pudieran afectarle. Así, en nuestro ejemplo inicial, el titular del taller mecánico amplía su capacidad de atención al público al hacer participar a personas ajenas a la relación que mantiene con sus clientes, circunstancia que le significa un ingreso económico mayor al que obtendría si prestara sus servicios en solitario; resulta equitativo, pues, que a un beneficiario semejante le sean imputadas las consecuencias negativas que afectaran a su contraparte por la participación, propiciada por aquél, de los terceros.

Según mi punto de vista, empero, la solución jurídica concebida, que no es otra que la de hacer respon-

sable al deudor por el hecho de sus auxiliares, requiere un acicate extra: que dicha responsabilidad no pase por el expediente – tan gravoso para el acreedor damnificado – de la prueba de la culpabilidad de sus dañadores.

### 3.2.4. Teorías objetivistas.

En la categoría de las teorías “objetivistas” agrupo las construcciones doctrinarias caracterizadas, si bien no esencialmente, por la exposición y justificación de la responsabilidad contractual indirecta con prescindencia de una consideración de la culpa como su único y exclusivo fundamento<sup>27</sup>.

Sin desconocer las variaciones que han operado en la evolución de los planteamientos, sólo dos de las teorías objetivistas a las que he hecho alusión han conocido la posteridad; convencido de su conveniencia, las expongo a continuación.

#### 3.2.4.1. Teoría “del actuar a propio riesgo”.

De acuerdo con este pensamiento, el deudor que se vale de un tercero para cumplir introduce un elemento personal que es potencialmente dañoso para el acreedor; por consiguiente, el riesgo por los perjuicios que se le causara a este último tiene que ser de cargo del generador del supuesto, *id est*, el obligado mismo.

En su versión original, debida a Unger, la teoría se centraba en el hecho de que el deudor requiere a los auxiliares para cumplir un compromiso que le concierne sólo a él; los escoge por sí mismo, para su negocio y en interés propio; así, pues, si el actuar correcto de los auxiliares reporta ventajas para el deudor, también el actuar culposo de aquéllos debe ser perjudicial para éste, y no para el acreedor que ni siquiera ha tenido participación en la escogencia; por motivos de justicia, de equidad, y de utilidad, en suma, quien emplea colaboradores para cumplir, lo hace “a propio riesgo”<sup>28</sup>.

Una versión más elaborada, expuesta por Trimarchi, confirma que mediante la actividad

<sup>26</sup> BECQUÉ, op. cit., pp. 283-284.

<sup>27</sup> Con ocasión del XVII Congreso de Juristas Alemanes (1884) que precedió la promulgación del B.G.B., y en la elaboración de los “motivos” de éste, una inusitada variedad de puntos de vista sobre la institución que estudiamos salieron a la luz. En las sesiones de aquel certamen se dio cuenta, entre otras, de la teoría “del resultado” (Leonhard), de la teoría “de la garantía tácita” (preconcebida por Puchta), de la teoría “de la obligación genérica” (Wertheimer), y de la teoría “del actuar a propio riesgo” (Unger); ninguna de ellas consideraba la culpabilidad del deudor como un factor esencial para responsabilizarlo por los hechos de sus auxiliares. Contrariamente, el texto definitivo del Código Civil germano, que entró en vigencia en 1900, no se libró del tinte subjetivo, acaso promovido por Windscheid, y finalmente se legisló: “§ 278.- El deudor debe responder de la culpa de su representante legal y de la de las personas de las que se sirve para la ejecución de su compromiso, en la misma medida que si se tratase de su propia culpa”. Vid. FERRARA, op. cit., p. 62 *et seq.*; BECQUÉ, op. cit., p. 274 *et seq.*; ACUÑA ANZORENA, op. cit., III, t. 53, n. 3, p. 3 *et passim*.

<sup>28</sup> Vid., BANCHIO, op. ult. cit., pp. 58-59, y los demás autores citados en la nota precedente.

de los auxiliares el deudor amplía la esfera de su propia actividad y sus propias posibilidades de ganancia; sin embargo, tal ampliación no debe darse con un perjuicio sustancial de los derechos del acreedor; el deudor que delegue en otros la ejecución de la prestación, él debe seguir siendo responsable por el cumplimiento. A este pensar se suma un hecho capital que empieza a tomarse en cuenta: cuando empresario, el deudor es quien puede, mejor que cualquier otro, asegurarse contra los riesgos que envuelve su actividad, y distribuir después, entre todos, el costo total de la producción<sup>29</sup>.

Se ha replicado a esta teoría que la actuación de los terceros no sólo genera ventajas para el deudor; en la mayoría de los casos, el acreedor no tiene cómo pretender que la satisfacción de su crédito le sea deparada por una actuación personal del deudor; para ver satisfecha su necesidad, tiene que consentir la participación de los colaboradores del deudor; así, también el acreedor se hace de las ventajas de la división del trabajo.

Por otro lado, es aceptado que el deudor que se convierte en responsable por el hecho de los terceros que le sirven en el cumplimiento, tiene luego acción legítima contra éstos para que le sea reparada la disminución patrimonial que experimenta al cubrirlos por su accionar. Consecuentemente, Banchio infiere que "si la base de la teoría se funda en el provecho que el principal obtiene de la actividad del dependiente, no se justifica la acción recursoria de aquél contra éste"<sup>30</sup>.

### 3.2.4.2. Teoría del "deber de garantía".

Según esta tesis, la responsabilidad por los auxiliares utilizados en el cumplimiento, es una manifestación de cierto "deber de garantía" que impone al obligado no generar detrimento (al acreedor, obviamente) con la actuación de las distintas prerrogativas que le son concedidas por su posición en la relación obligatoria<sup>31</sup>.

Lo que se asume es que la responsabilidad contractual indirecta cumple una "función protectora" respecto del acreedor; que sólo el deudor es pasible de imputación porque no puede despojarse de su posición de sujeto potencialmente responsable por la infracción de la obligación; además, que pese a la intervención de terceras personas, promovida por el deudor, con arreglo a la libertad de organización que se le reconoce, nunca se produce una mutación ni del obligado, ni del patrimonio contractualmente responsables<sup>32</sup>.

La teoría del "deber de garantía" tampoco es satisfactoria. Lo equívoco de su terminología es un rasgo que la descarta. De acuerdo con Jordano Fraga, emplear dicha expresión es persistir en la creencia en construcciones que nacieron por la obstinación de juristas que no admitían la existencia de factores de atribución diferentes de la culpa. Si en algún momento se echó mano de la "garantía", ya obligación, ya sólo deber, fue únicamente para sostener la responsabilidad en una hipótesis en la que al deudor no se le podía atribuir una culpabilidad personal; recurrir a la

<sup>29</sup> TRIMARCHI, Pietro. "La responsabilità per il fatto dei dipendenti" (Contributo ad una teoria del rischio d'impresa). En "Rivista di Diritto Civile", anno V, parte prima. Padova: CEDAM, 1959, p. 614-615. Así es como se aprecia la responsabilidad indirecta por incumplimiento de obligaciones desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho; véase: SCHÄFER, Hans-Bernd y Klaus OTT. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (1986), tr. castellana por Macarena von Carstenn-Lichterfelde, Madrid: Tecnos, 1991, p. 237 et seq.

<sup>30</sup> BANCHIO, "Fundamento de la responsabilidad ...", cit., p. 247

<sup>31</sup> Este planteamiento difiere de la teoría de la "obligación de garantía tácita". A tenor de ésta, vislumbrada por Friedrich Puchta, y defendida, entre otros, por Nicola Coviello y Raymond Saleilles, se postula la ficción de que el deudor garantiza anteladamente a su acreedor, *id est*, asume virtualmente una obligación (nacida de la ley), por los eventuales daños que provocaran los colaboradores de los que el primero se sirve para satisfacer el crédito. Al respecto, *vid.* FERRARA, op. cit., p. 69 et seq; BECQUÉ, op. cit., pp. 280-282; y ACUÑA ANZORENA, op. cit., III, pp. 57-58. Tal es la tesis que defiende, igualmente, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: Teoría general de la responsabilidad civil, 5ª ed.. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, p. 344.

Con algunas variaciones, también autores como BARASSI (op. cit., vol. III, n. 316bis, pp. 332-334) y LARENZ (op. cit., t. I, §.19, p. 294) aludieron a la existencia de una garantía del deudor frente al acreedor por el actuar de los terceros en el cumplimiento. Cualquiera que fuera el argumento, sin embargo, es evidente que no hay tal asunción de garantía, pues ésta, *naturaliter*, no se concibe si no es en el marco de la libre determinación de las partes. "No se alcanza a percibir -apuntaba Acuña Anzorena (loc. cit.)- qué razón, lógica o jurídica, puede existir para que se presuma en el deudor, ya disminuido en su capacidad económica y jurídica, la voluntad de constituir en favor de su acreedor una obligación suplementaria de garantía por el hecho de sus auxiliares".

De acuerdo con la teoría del "deber de garantía", en oposición, "el fundamento de la responsabilidad contractual por hecho ajeno está constituido por la idea de que el deudor debe garantizar a su acreedor por el actuar de las personas de las que se vale en el cumplimiento de la obligación, porque el acreedor no tiene ninguna relación con los auxiliares, y no puede ejercitar su pretensión al resarcimiento del daño si no es frente al acreedor, que es el único titular de la obligación". La cita es de: VISINTINI, Giovanna: "L'inadempimento delle obbligazioni", en *Trattato di diritto privato diritto da Pietro Rescigno*, vol. 9 (1984), ristampa. Torino: UTET, 1988, p. 223; *id.*, *Trattato breve della responsabilità civile*. Padova: CEDAM, 1996, p. 639.

<sup>32</sup> *Id.*, JORDANO FRAGA, La responsabilidad del deudor por los auxiliares..., cit., p. 404.

noción de “garantía” en la actualidad, es persistir en la alusión “a cualquier forma de responsabilidad no fundamentada en la culpa del sujeto responsable: como si los confines de la responsabilidad fuesen los de culpa/negligencia, como si la responsabilidad no conociese otros criterios de imputación/fundamentación”<sup>33</sup>.

#### 4. CRÍTICA DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.

La indagación por el fundamento de la responsabilidad indirecta por incumplimiento, al menos en el ordenamiento nacional, carece de mayor trascendencia. Bien vistas las cosas, en efecto, las elaboraciones conceptuales sobre el punto han tenido razón de ser en sistemas jurídicos en los que no existe una regla expresa que consagre la figura estudiada. En tales contextos, donde, si no es reclamando la existencia de un principio general, no hay modo de responsabilizar indirectamente al obligado, sí es imprescindible absolver la pregunta de si éste resulta comprometido, o no, por los hechos de sus auxiliares. Otros son los problemas que se presentan en el Código Civil peruano y a ellos hay que prestar atención.

El punto de partida está dado por el hecho de que se ha consagrado un principio subjetivo de responsabilidad en materia de “inejecución de obligaciones” – que así es como reza el título correspondiente de nuestro Código. Según lo prescrito en el 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”; igualmente concordante con la perspectiva subjetivista es el artículo 1321, en cuyo texto se ha establecido que “queda sujeto a la indemnización

de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”.

Sin perjuicio de mi total convicción sobre la necesidad de plantear, a la vista de los avances de la doctrina y jurisprudencia más autorizados, la existencia paralela de un sistema objetivo de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, con la solitaria asistencia inicial del artículo 1315 del Código Civil (“Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”)<sup>34</sup>, es palmario que el antedicho criterio subjetivista ha primado igualmente en la regulación de la responsabilidad indirecta por incumplimiento, al haberse exigido para la existencia de ésta el dolo o la culpa inexcusable de los auxiliares.

No diga nadie, pues, que la responsabilidad indirecta por incumplimiento posee una naturaleza objetiva en el Código Civil peruano. Para ganar lícitamente ese *status* no es suficiente con que se prescinda del análisis de la culpabilidad del obligado; eso es apreciar la “objetividad” de forma sesgada y miope; una responsabilidad propiamente objetiva es aquella cuya aplicación conoce una sola limitación: el deudor es responsable por el incumplimiento a menos que se suscite un hecho que imposibilite o entorpezca la ejecución de la prestación; hecho que, además, debe ser sobrevenido, y no atribuible al deudor<sup>35</sup>. El fundamento de la responsabilidad del deudor por el obrar de los auxiliares puede encontrarse, si se quiere, en la simple circunstancia de que la actuación de aquéllos, que es la causa directa del menoscabo del interés del acreedor, no es admisible

<sup>33</sup> *Ididem*, p. 405.

<sup>34</sup> Tema que trataré con más amplitud en un trabajo posterior. De momento, deseo sumarme a quienes han subrayado ya el absurdo cometido por nuestros codificadores al consagrar, en lo atinente a las reglas sobre inejecución de las obligaciones, una dualidad de supuestos de exoneración de responsabilidad del deudor por circunstancias subjetivas (actuación diligente, *ex* artículo 1314) y por circunstancias objetivas (caso fortuito y fuerza mayor, *ex* artículo 1315). Al respecto, es representativa la alarma y la confusión que una inconsecuencia legislativa semejante hubo de suscitar en un jurista foráneo: FRANZONI, Massimo. “*Il Libro delle Obligazioni e dei Contratti*”, relazione tenuta al convegno internazionale *Presencia jurídica italiana en el Perú, 11-13 noviembre 1992*. En: “*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*”, anno XLVII, Milano: Giuffrè, 1993, pp. 870-871.

<sup>35</sup> Como es sabido, la tesis se debe a Giuseppe OSTI. “*Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*”. En “*Rivista di Diritto Civile*”, anno X. Milano: Società Editrice Libreria, 1918, pp. 209-259, 313-360, 417-471. En un trabajo posterior [“*Deviazioni dottrinali sulla impossibilità della prestazione*”, en “*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*”, Milano: Giuffrè, 1954, p. 606] el mismo Osti expresaba: “conviene insistir en que, si bien la culpa del deudor (en sentido lato, defecto de diligencia y dolo) tiene relevancia para dar fundamento a su responsabilidad, la ausencia de su culpa no es suficiente para exonerarlo: (...), es necesario distinguir lo que está *in obligatione* de lo que no lo está; la prestación en sí misma considerada por un lado, y los medios necesarios para predisponerla y actuarla, por otro; carece de importancia la imposibilidad determinada por un comportamiento atinente a los segundos; (...) de allí, el principio sancionado por el artículo 1228, según el cual, independientemente de la *culpa in eligendo*, el deudor responde de los hechos dolosos o culposos de los terceros de cuya obra se vale para cumplir la obligación. Sólo cuando, opuestamente, el impedimento tenga vinculación directa con la prestación debida, será entonces relevante la valoración del comportamiento del sujeto de acuerdo con el criterio del buen padre de familia, y será necesario que el deudor incurra en culpa para que, aun siendo objetivamente imposible la prestación, él esté obligado, sin embargo, a responder por el incumplimiento”.

como un supuesto de imposibilidad sobrevenida (*id est*, liberatoria para el deudor) de la prestación<sup>36</sup>.

Exigiéndose el dolo o la culpa de los auxiliares, se mantiene, pues, la perspectiva subjetivista de esta especie de responsabilidad<sup>37</sup>. Y es allí, precisamente, en esa exigencia, donde se incurre en un grave contrasentido. ¿En qué – nos preguntamos – consisten el dolo y la culpa del auxiliar? Si se trata de un tercero que, como venimos insistiendo, no mantiene relación de ninguna especie con el acreedor de la relación obligatoria principal ¿frente a quién podría obrar culposamente aquél?

Ni una palabra sobre los daños de carácter extracontractual que el tercero puede inferir al acreedor, aprovechándose de su rol en la ejecución de la prestación adeudada. Es obvio que en dicho nivel es posible detectar factores subjetivos de atribución de responsabilidad en la resolución del tercero, que mueve a éste a quebrantar el deber general de no causar daño a nadie. Por el contrario, si nos restringimos al ámbito obligacional – como corresponde – el comportamiento de los terceros, calificable como doloso o culposo, solamente es factible frente al deudor que requirió la intermediación, de acuerdo con el vínculo que ligara a éste con aquéllos. El empleado o el aprendiz del taller mecánico no pueden actuar con dolo o culpa “obligacionales” respecto del cliente, con quien no tienen un vínculo establecido; en sentido contrario, sí pueden actuar en tal sentido respecto de su patrón, el titular del taller, a quien le adeudan prestaciones y deberes emanados, ya de un contrato de trabajo, ya de un contrato de locación de servicios, ya de un contrato atípico. No hay dolo o culpa

“obligacionales” de un tercero que sean posibles frente al acreedor, porque aquél, el ejecutor material de la prestación no está vinculado con éste<sup>38</sup>.

No es equitativa, además, la exigencia del dolo o la culpa inexcusable de los terceros empleados por el deudor; en materia probatoria, ella hace más gravosa la posición del acreedor perjudicado por el incumplimiento; la “intención deliberada” o la “negligencia” de los terceros – el dolo y la culpa ficticios, en realidad – serían más difíciles de probar para el acreedor en el ámbito de la empresa, donde pueden ser distintos los niveles involucrados en la división del trabajo; y mientras más sean ellos, menos se podrá analizar e identificar los tenués aspectos subjetivos de cada comportamiento.

Pasemos a otro punto, el artículo 1325 señala que es admisible el pacto en contrario atinente a la responsabilidad por dolo o culpa de los auxiliares. Si la regulación actual permaneciera, dicho pacto sólo podría ser interpretado con sentido agravatorio. En primer lugar, sería factible que el deudor asumiera una responsabilidad *tout court*, de forma tal que quedaran a su cargo, inclusive, las consecuencias del obrar dañoso de los terceros que se debieran a una mera culpa leve; es decir, nada obstaría para que el deudor consintiera, voluntariamente y con antelación, que le serán imputados el incumplimiento o la ejecución inexacta propiciados por sus colaboradores, aun cuando éstos incurrieran sólo en culpa leve. En segundo lugar, el pacto en contrario podría convertirse en un mecanismo para que las partes, por propia voluntad, consagraran un régimen de responsabilidad objetiva por incumplimiento: *verbi gratia*, que el deudor aceptara asumir la responsabilidad frente al acreedor por el incumplimiento o en la ejecución inexacta aunque no median ni el dolo ni la culpa inexcusable de sus auxilia-

<sup>36</sup> Dice JORDANO FRAGA [La responsabilidad del deudor por los auxiliares, p. 551]: “Si, en mi opinión, la culpa o el dolo del deudor no son presupuestos necesarios de su responsabilidad contractual personal, la aplicación del principio básico de la responsabilidad contractual indirecta me lleva, lógicamente, a la conclusión de que tampoco la culpa o el dolo del auxiliar son presupuestos necesarios de la responsabilidad contractual del deudor por él”. *Id.*, La responsabilidad contractual, cit., p. 585.

<sup>37</sup> Tal como lo ha sostenido NATOLI, Ugo. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 2, *Il comportamento del debitore*. En: *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo, continuato da Luigi Mengoni*, vol. XVI. Milano: Giuffré, 1984, n. 28, pp. 75-76.

<sup>38</sup> Criticando la redacción del párrafo § 278 del Código Civil alemán (v. supra, nota 26), MEDICUS [op. cit., t. I, § 30, p. 161] manifiesta: “por ‘una culpa’ del auxiliar ha de responder el deudor con la misma extensión que por su propia culpa. Pero esto expresa lo pensado sólo muy defectuosamente. Pues el auxiliar nada adeuda al acreedor respecto a la obligación que cumple (por ejemplo, nada debe el aprendiz de cristalero al cliente, porque no participa en el contrato sobre la colocación del cristal). Por ello tampoco existe culpa alguna del auxiliar frente al acreedor, porque la culpa presupone la lesión de un deber. El auxiliar sólo está obligado a su principal en el negocio (esto es, al deudor que cumple la obligación); a saber, por el contrato de aprendizaje o semejante. Pero si el auxiliar lesiona culpablemente esta obligación, no puede ser decisiva para el § 278: además la disposición no puede descargar al acreedor de todos los inconvenientes de la división del trabajo”.

Con acierto, un frustrado proyecto modificatorio del Código Civil argentino elaborado por una comisión especial de “Unificación Legislativa Civil y Comercial” en 1987, señalaba simplemente: “Artículo 521.-El obligado responde por los terceros que haya introducido en la ejecución de la obligación, y por las cosas de que se sirve o tenga a su cuidado”. Al respecto, vid., BANCHIO, “Fundamento de la responsabilidad ....”, cit., p. 257.