

¿AMO O SIRVIENTE?

Consideraciones funcionales en torno a la responsabilidad vicaria a propósito del artículo 1981 del Código Civil

Carlos A. Patrón*

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Según un dicho sufí, citado por de Trazegnies, "hay libros que nos cuentan cosas y libros que hacen cosas" este trabajo pertenece al segundo grupo de textos. Así, el autor no intenta darnos respuestas unívocas, sino las "líneas maestras", desde la perspectiva del método funcional, para guiar políticas legislativas serias y, sobre todo, dar pautas a los operadores del Derecho, en especial a los jueces, para que puedan aplicar de manera correcta y eficiente las normas que regulan la responsabilidad denominada "vicaria".

Se plantean las siguientes preguntas, entre otras: ¿cuándo un empleador o empresa debe responder por los daños causados por sus subordinados? ¿Cuál es el grado de vinculación que se debe exigir para que el "principal" responda por los actos de sus dependientes? ¿Qué justifica que el Derecho imponga un deber de indemnización a quien no ha causado el daño?

* Profesor de Derecho civil patrimonial y análisis económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Master en Políticas Públicas Latinoamericanas (M.Sc.) por la Universidad de Oxford.

Cada generación de THEMIS enfrenta nuevos retos. A la nuestra, recuerdo, le tocó enfrentar el reto de la competencia. Todas las cosas buenas en el mercado son imitadas, THEMIS no podía ser la excepción y por aquel entonces habían comenzado a aparecer los primeros retadores, tanto en nuestra facultad como en las de otras casas de estudio. Continuando la tradición que hasta el día de hoy define la esencia de THEMIS –tratar siempre de ser cada vez mejores– nuestra generación osó (luego de interminables, agotadoras y repetitivas noches de deliberación) alterar algunos formatos clásicos, introduciendo la carátula a color, modificando la diagramación, duplicando el número de páginas por revista (que desencadenó una desenfrenada carrera de “engordamiento” en todas las revistas), entre otras innovaciones que siempre trataron de no perder de vista los estándares académicos que esperaban nuestros lectores.

Ciertamente fue una época de cambio. No sólo cambió la Revista, creo que todos los que en algún momento pasamos por THEMIS cambiamos para siempre. El trabajo en equipo nos reveló nuestros defectos y nos impulsó a corregirlos, en el intercambio de ideas aprendimos a valorar la tolerancia, en las amanecidas de trabajo forjamos amistadas entrañables y a la hora de decirle adiós a la Revista comprendimos lo que verdaderamente es una institución.

A THEMIS le doy las gracias, y por siempre le estaré en deuda por haberme permitido conocer y trabajar junto a un grupo tan extraordinario de personas. Mención especial merecen mis compañeros en el Consejo Directivo, Sara, Beatriz, Kiko y Paul, quienes con su ejemplo diario elevaron el concepto de “compromiso” a niveles inimaginables.

En un plano más íntimo, tengo otra deuda invaluable con THEMIS (o quizás THEMIS esté en deuda conmigo), pues a mi retiro, en la fiesta de despedida de los viejos y bienvenida de los nuevos miembros, THEMIS me presentó a Marina (mi esposa).

Felicitaciones en este aniversario a los de antes, a los de entonces, a los de ahora y a los que vendrán durante las muchas décadas en que, con seguridad, continuará la obra de THEMIS.

* * *

“El dueño de un navío o el de una posada o caballeriza, en razón del perjuicio o del robo cometido en el navío,

o en la posada o en la caballeriza, se halla igualmente obligado como por delito, si no es él quien ha cometido el delito, sino alguno de los que se hallan empleados en el navío, en la posada o en la caballeriza. En efecto, como la acción establecida contra él no procede ni de un delito ni de un contrato, y es él hasta cierto punto quien ha cometido culpa, por haberse valido de hombres malos, se le considera obligado como por delito.”

–JUSTINIANO. “Institutas”. 4. 5. 3

I. INTRODUCCIÓN

La regla general del modelo tradicional del Derecho de Daños dispone que la responsabilidad civil deriva de actos u omisiones propias. Esta regla puede observarse nitidamente en las cláusulas generales de responsabilidad subjetiva y objetiva consagradas en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil peruano, respectivamente, según las cuales “Aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo...” y “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

Existen, sin embargo, una variedad de casos en los que, apartándonos de esta regla general, un individuo o una organización resultan responsables por las acciones (actos u omisiones) de otros. Por lo general, solemos agrupar estos casos de responsabilidad por el hecho de otro bajo el concepto de “responsabilidad vicaria”, en sentido amplio.

El término “vicario”, que se deriva del latín *vicarius*, como adjetivo significa “que tiene las veces, poder y facultades de otra persona o la sustituye” y como sustantivo es aquella “persona que en las órdenes regulares tiene las veces y autoridad de alguno de los superiores mayores, en caso de ausencia, falta o indisposición”¹. Desde esta perspectiva, propiamente, hablamos de “responsabilidad vicaria” en aquellos casos en los que un individuo o una organización principal (a quien nuestro código denomina el “autor indirecto”) resulta responsable por las acciones o actos dañinos de terceras personas vinculadas al primero por intermedio de relaciones de agencia, dependencia o similares (a las cuales nuestro código denomina como “autor directo”) –esto es, por las acciones o actos dañinos de sus servidores o agentes².

En nuestro ordenamiento civil, el principio general de la responsabilidad vicaria se encuentra regulado en el

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Vigésimo segunda edición. 2001.

² En el presente artículo, los términos “principal” o “superior” y “agente” o “servidor” son empleados en el sentido más amplio posible y no en un sentido jurídico estricto.

artículo 1981 del Código Civil, en el cual se dispone lo siguiente:

“Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”.

Para quienes entienden que la función perseguida por la responsabilidad civil es principalmente indemnizatoria –esto es, reponer a la “víctima” al estado anterior a la acción generadora del daño– la responsabilidad vicaria resulta “... uno de los mecanismos legales previstos para superar las limitaciones de la responsabilidad civil una vez constatado que el principio de responsabilidad individual –por culpa u objetiva– resulta impracticable dada la solvencia limitada de la mayor parte de los causantes individuales de daños”³. Dicho de otro modo, desde este punto de vista, el traslado de responsabilidad hacia un tercero, como excepción al principio general de la responsabilidad individual, parte de la idea que los subordinados típicamente no cuentan con la solvencia económica necesaria para afrontar el pago de una indemnización. De esta suerte, la responsabilidad vicaria se erige como un mecanismo dirigido a ampliar el número de potenciales responsables hasta dar con uno que tenga la solvencia necesaria para afrontar el pago de la indemnización.

Desde la perspectiva antes reseñada, la indemnización de la “víctima” es, pues, en la práctica, un fin en sí mismo o una meta auto-justificante. Ello, a nuestro entender, no es aceptable.

Como bien señala Díez-Picazo, “Decidir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquél que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes”⁴. De manera similar,

en nuestro medio, de Trazegnies nos recuerda que “... obligar a una persona a cubrir los daños de un accidente equivale a convertirlo en víctima”⁵. Dicho de otro modo, cuando el sistema legal impone a una persona una obligación de indemnizar, el sistema daña a una segunda persona y, en el camino, se consumen una serie de recursos sociales que podrían ser destinados a otros fines socialmente deseables, de igual o mayor relevancia⁶.

Así las cosas, “... para producir el endoso o traslado del daño, habrá que tener buenas razones”⁷, de lo contrario, lo socialmente deseable será que el daño recaiga en quien lo ha sufrido. En palabras de Oliver Wendell Holmes, “sound policy lets the losses lie where they fall except where a special reason can be shown for interference”⁸.

¿Cómo se justifica entonces el traslado de la carga económica del daño a un tercero ajeno a la acción u omisión generadora del mismo, implícita en la responsabilidad vicaria?

Tanto en el sistema legal romano-civilista como en el anglosajón, la justificación tradicional invocada para endosar el daño a otro se arraiga en la ideología liberal⁹, propia del contexto en el cual se desarrolla la moderna responsabilidad extracontractual, fundamentalmente sobre el concepto de la culpa¹⁰. La exacerbación de los conceptos de autonomía de la voluntad y libertad individual como el eje racional sobre el cual se fundamenta la creación de las obligaciones, coloca la razón para trasladar el daño al “causante” del mismo en la idea que éste, con su actuar voluntario, causó el daño con una conducta que, por ser culposa, resulta reprobable. Es decir, se entiende que “... si este causante no obró con la diligencia adecuada, el perjuicio económico debe trasladarse porque el daño no se hubiera producido si no hubiera sido por su intervención negligente o imprudente”¹¹.

La justificación tradicional de la responsabilidad civil antes reseñada, claro está, opera sin mayores

³ SALVADOR, Pablo y Carlos Ignacio GÓMEZ. “Respondeat Superior II, De la Responsabilidad por Hecho de Otro a la Responsabilidad de la Organización”. En: *InDret*. Julio, 2002. p. 2.

⁴ Díez-Picazo, Luis. “Derecho de Daños”. Madrid: Civitas. 1999. p. 42.

⁵ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual”. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tercera edición. 1988. p. 44.

⁶ Pensemos simplemente en los recursos materiales y humanos necesarios para implementar y mantener en marcha el aparato estatal necesario para el funcionamiento de un sistema de responsabilidad civil (policía, jueces, fiscales, infraestructura) y el costo de oportunidad asociado a destinar estos recursos, por definición limitados, a tareas vinculadas a este sistema.

⁷ Díez-Picazo, Luis. Op. Cit. p. 42.

⁸ Ver, por ejemplo: HOLMES, Oliver Wendell. “The Common Law”. Nueva York: Dover. 1991. p. 50.

⁹ En sentido amplio, englobando la Escuela del Derecho Natural racionalista, así como el pensamiento de la Ilustración y la filosofía *laissez-faire*.

¹⁰ Ello, sin perjuicio que podamos encontrar manifestaciones primitivas del principio *respondeat superior* que datan desde la antigüedad. Así, por ejemplo, en las Institutas de Gayo y de Justiniano se describen supuestos de responsabilidad de los amos por los actos cometidos por sus esclavos, o de dueños de navios, posadas o caballerizas por los actos de sus empleados. Similares manifestaciones de este principio pueden ser hallados en las primitivas leyes francas y germanas medievales. Ver, por ejemplo: HOLMES. Op. Cit. pp. 8-20.

¹¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. p. 44.

complicaciones cuando se pretende trasladar la carga del daño a su autor directo siguiendo la regla general de la responsabilidad individual –es decir, cuando se persigue imponer la responsabilidad civil derivada de actos u omisiones propios que se consideren culposos. No obstante, cuando lo que se pretende es trasladarle la carga económica del daño a un tercero ajeno a la acción u omisión generadora del daño –como, por ejemplo, a un principal (empleador) por las acciones de su subordinado (empleado)– la invocación del concepto de la culpa resulta más complicada. Para ello, la doctrina más tradicional recurrió a flexibilizar el concepto de la culpa, intentando desarrollar el principio de la responsabilidad individual para que abarque a terceros distintos al autor directo, ensanchando los conceptos de modo que se pudiese hallar una falta en el obrar del principal a quien se pretendía imponer la responsabilidad. En este contexto, se desarrollaron conceptos como la culpa *in eligendo* (el principal es responsable porque eligió a un mal agente) y la culpa *in vigilando* (el principal es responsable porque no supervisó adecuadamente a su agente).

Intentos artificiosos por flexibilizar el concepto de la culpa y para extender los alcances de la responsabilidad individual, como los mencionados, si bien pueden conllevar un mérito académico, en la práctica resultan insuficientes para lograr el traslado efectivo de la carga económica del daño a terceros, de manera consistente, en todos los casos. Como explica de Trazegnies, simplemente, no es difícil demostrar la ausencia de culpa en la elección o supervisión de un subordinado¹². Para superar este escollo, en algunas jurisdicciones de tradición marcadamente subjetivista, se recurrió, incluso, a figuras como la presunción de la culpa del principal o la inversión de la carga de la prueba¹³, lo que en la práctica equivalía a una especie de

“objetivización” de la responsabilidad del principal¹⁴.

Ante esta problemática, la tendencia de la mayoría de las cortes y legislaciones comparadas simplemente ha sido la de optar por postular la responsabilidad vicaria como una excepción a la regla general de la responsabilidad individual. De esta suerte, la enunciación del principio de la responsabilidad vicaria, tal como se encuentra consagrado en nuestro Código Civil, es una respuesta dada ante la insuficiencia práctica del principio de la responsabilidad individual subyacente a la cláusula general de responsabilidad subjetiva¹⁵, motivo por el cual no resultaría correcto pretender justificar el traslado de responsabilidad hacia un tercero que aquél conlleva en la idea de la culpa. Por lo demás, si fuese siempre posible fundamentar la responsabilidad vicaria hallando un actuar culposo por parte del tercero a quien se pretende trasladar el peso económico del daño, un artículo como el 1981 de nuestro Código Civil resultaría innecesario, puesto que la cláusula general subjetiva del artículo 1969 resultaría suficiente.

En las siguientes páginas intentaremos postular, de manera introductoria, una explicación alternativa para justificar el traslado de la carga económica del daño a un tercero ajeno a la acción u omisión generadora del mismo, implícita en la responsabilidad vicaria¹⁶, desde la perspectiva de la teoría de la difusión social del daño asociada con la corriente doctrinal del análisis económico del Derecho. Para ello, en la Sección II, reseñaremos brevemente cuál es la función que persigue el sistema de responsabilidad civil desde este punto de vista, para luego contrastar si la responsabilidad vicaria resulta acorde con dicha función. En la Sección III descompondremos los elementos constitutivos de la responsabilidad vicaria, según cómo ésta se encuentra enunciada en el artículo

¹² Como explica de Trazegnies, “En los casos en que no se requiere de personal calificado para realizar una determinada tarea, difícilmente puede sostenerse que hay un defecto de elección por parte del principal contratante si el servidor contratado es una persona simplemente normal. Y en los casos en que se requiere de ciertos conocimientos o de cierta experiencia, basta que el principal pruebe que exigió certificados de trabajos anteriores o que sometió al candidato a un examen previo, para quedar libre de culpa *in eligendo*. En algunas situaciones, bastará que el principal demuestre que el servidor había obtenido el título profesional o la licencia oficial para realizar ciertos trabajos. Así, tratándose de un accidente causado por el camión de una empresa, bastará que ésta pruebe que el chofer tenía brevete profesional para que la empresa quede liberada de culpa en la elección del chofer: ¿cómo podría la empresa dudar de la certificación de capacidad para conducir otorgada por el propio Estado? La culpa *in vigilando* puede también ser fácilmente esquivada por el principal. Es evidente que la obligación de supervisión no puede significar la presencia del principal al lado del servidor en cada uno de los actos de éste: una concepción tan *naïf* y primitiva de la vigilancia haría inútil el contrato de trabajo, cuya finalidad está orientada a liberar al principal de la realización de ciertas tareas, multiplicando así sus posibilidades de acción. El principal debe dirigir el trabajo, lo que no significa que deba acompañar a cada uno de sus servidores en la realización de cada una de sus tareas. Ahora bien, la dirección supone simplemente el otorgamiento de instrucciones adecuadas y de condiciones de ejecución satisfactorias, así como la verificación posterior de que la tarea ha sido adecuadamente efectuada. En estos términos, ¿cómo podría responsabilizarse a la empresa propietaria del camión que causó un accidente si éste estaba manejado por un chofer con brevete, quien recibió instrucciones normales de realizar ciertos despachos? El Gerente de la empresa no tenía que estar sentado al lado del conductor y verificar por sí mismo en cada esquina que no venía un vehículo por vía preferencial; si el chofer se distrajo en una bocacalle mientras realizaba el despacho de la mercadería, mal puede decirse que hubo un defecto de vigilancia en el principal”. DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 470-471.

¹³ Ver, por ejemplo: DE TRAZEGNIES. Op. Cit. pp. 471-472; SANTOS BRIZ, Jaime. “La Responsabilidad Civil, Derecho Sustantivo y Derecho Procesal”. Séptima edición. Tomo I. Madrid: Montecorvo. 1993. pp. 483-486.

¹⁴ Existen, por supuesto, otros desarrollos teóricos doctrinales dirigidos a intentar postular el fundamento que justifique la existencia de la responsabilidad vicaria, ninguno de los cuales ha sido inmune a la crítica. Ver, por ejemplo: DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 477-481.

¹⁵ En opinión de Salvador y Gómez, “... la crisis de la cláusula general [... subjetiva...] no es tanto el declinar de la responsabilidad por culpa como el reconocimiento de la inviabilidad de la responsabilidad individual en la mayor parte de los casos. La idea de que la pauta en responsabilidad civil sea la causación unilateral de daños por un único dañador solvente resulta simplemente incorrecta”. SALVADOR, Pablo y Carlos Ignacio GÓMEZ. Op. Cit. p. 3.

¹⁶ Ver nota 14 *supra*.

1981 de nuestro Código Civil, analizándolos, en lo que resulte pertinente, a la luz de la función que le atribuimos al sistema.

II. MARCO CONCEPTUAL

2.1 La función económica de la responsabilidad civil extracontractual

En el debate doctrinal sobre las normas de la responsabilidad civil extracontractual en general, se han desarrollado múltiples posiciones respecto a las funciones perseguidas por esta rama del Derecho, entre las cuales destacan, principalmente, la función indemnizatoria (o, si se quiere, resarcitoria o reparativa), la punitiva y la preventiva¹⁷. Para los efectos perseguidos por el presente artículo resulta oportuno detenernos brevemente para conversar acerca de la función preventiva o disuasiva, enmarcada dentro del contexto de la teoría de la difusión social del riesgo asociada a la corriente académica del análisis económico del Derecho.

Siguiendo el modelo postulado por Calabresi¹⁸, el análisis económico del Derecho sostiene que la principal función del sistema de responsabilidad civil extracontractual es la prevención o reducción, en la mayor medida posible, de los daños resultantes de las distintas actividades que, pese a conllevar riesgos, la sociedad está dispuesta a tolerar¹⁹. Estos daños típicamente se encuentran vinculados a tres tipos de costos, comúnmente denominados costos primarios –esto es, los costos causados a la víctima del perjuicio que se pretende indemnizar–, secundarios –esto es, los costos sociales resultantes del accidente derivados de la forma cómo se asigna o distribuye el impacto económico de los costos primarios– y terciarios –esto es, los costos asociados a la administración y funcionamiento del sistema de responsabilidad extracontractual²⁰.

Así las cosas, desde esta perspectiva, la prevención de los daños resultantes de los accidentes implicaría perseguir la reducción de la suma de tales costos, de modo que podamos gozar de los beneficios asociados a aquellas actividades socialmente deseables que conllevan riesgos de accidentes (por ejemplo, conducir automóviles o producir productos en masa) al menor costo posible para la sociedad.

Un mecanismo para reducir la suma de los costos de los accidentes es asignar la responsabilidad en cabeza del *cheapest cost avoider* o el más barato evitador del riesgo, es decir, en aquella persona que generalmente se encuentre en mejor posición para prevenir la ocurrencia del daño y para difundir socialmente los costos resultantes del mismo al menor costo. Típicamente, estas labores pueden lograrse mediante los mecanismos de precios en mercados competitivos o por intermedio del sistema de seguros. Así, por ejemplo, en casos de daños causados por productos defectuosos, normalmente deberíamos responsabilizar a la empresa fabricante, quien típicamente se encuentra en posición para adoptar mayores medidas de control y vigilancia de sus procesos productivos a fin de minimizar los riesgos de defecto y puede, adicionalmente, distribuir entre todos los consumidores de sus productos el costo de los daños ocasionados por aquellos que ocasionalmente resulten defectuosos. Al cargar al costo de una actividad los daños causados por su realización, se logra el efecto de sincerar el precio de la misma, de modo tal que se tienda a conseguir una óptima asignación de los recursos disponibles en la sociedad²¹.

A manera ilustrativa, asumamos que dos empresas que concurren en un mercado competitivo producen bienes similares mediante procesos distintos, de modo que los productos de la empresa ALPHA tiendan a producir explosiones ocasionales que no producen los productos de la empresa BETA. Asumamos adicionalmente, que el precio de ambos productos es idéntico, puesto que ambos procesos de producción conllevan costos similares. Al establecer una regla que obligue a la empresa ALPHA a resarcir los daños que causen sus productos, las indemnizaciones pagadas incrementarán los costos de sus productos y, consecuentemente, los precios finales de los mismos. De esta manera, se logra, por un lado, difundir o diluir en la colectividad (es decir, en los consumidores que gozan del producto y no en una persona en particular) el impacto económico del daño, de tal manera que todos los que se beneficien con la actividad generadora del daño (quienes al fin y al cabo están dispuestos a tolerar los riesgos asociados a ella) pagarán los costos reales de la misma. Por otro lado, las presiones del proceso competitivo (la desviación de la demanda de los consumidores hacia productos competitivos más baratos y seguros) tenderá a producir un efecto de prevención general que

¹⁷ Ver, por ejemplo, DIEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. pp. 42-63.

¹⁸ CALABRESI, Guido. "The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis". New Haven: Yale University Press. 1970.

¹⁹ Ver, por ejemplo: CALABRESI, Guido. Op. Cit. pp. 26-31; DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 79-84.

²⁰ Ver, por ejemplo: CALABRESI, Guido. Op. Cit. pp. 26-31.

²¹ Dicho de otro modo, en palabras de Calabresi, "Not charging an enterprise with a cost which arises from [its operation] leads to an understatement of the true cost of producing its goods; the result is that people purchase more of those goods than they would want if their true cost were reflected in [the] price". CALABRESI, Guido. "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts". En: Yale Law Journal 70. 1961. p. 514.

ulteriormente determinará que existan menos productos con defectos que causan daños circulando en el mercado –es decir, la competencia incentivará al productor a mejorar sus procesos para reducir sus costos o, de no poder hacerlo, el precio de los mismos se incrementará reduciendo su consumo (lográndose una mejor asignación de recursos) o, en el extremo, obligará al productor a retirar el producto del mercado. En determinadas circunstancias, los mecanismos de seguro pueden alcanzar soluciones similares²². El resultado alcanzado, en ambos casos, tenderá a ser acorde con la función atribuida al sistema.

2.2 La función de la responsabilidad vicaria desde esta perspectiva

La función económica de la responsabilidad civil extracontractual antes reseñada nos brinda una importante herramienta de análisis para poder correctamente ponderar la racionalidad subyacente a, y los fines perseguidos por, la responsabilidad vicaria, sobre todo dentro del contexto de daños causados por subordinados incursos en relaciones laborales o de trabajo dependiente en organizaciones empresariales.

Ciertamente, como bien explica de Trazegnies, la organización de la actividad productiva por medio de empresas es inherentemente riesgosa²³. De un lado, en su organización y funcionamiento, las empresas reúnen grandes cantidades de personas, cuyos actos resultan sumamente costosos de vigilar y controlar de manera permanente. Por otro lado, la actividad productiva en empresas implica la utilización de maquinarias, insumos y técnicas de producción que conllevan riesgos de distintas índoles. Inexorablemente, la incidencia de riesgos (por ejemplo, que un producto resulte defectuoso o que un trabajador ocasione daños a terceros), si bien se puede intentar mitigar o reducir, no se puede evitar por completo (o en todo caso, resulta prohibitivamente costoso hacerlo). Los riesgos de empresa, sin embargo, son riesgos que la sociedad está dispuesta a tolerar, pues implícitamente entendemos que los beneficios de organizar la actividad productiva por intermedio de estos vehículos son cuantitativa y cualitativamente

superiores (de no ser así, simplemente prohibiríamos la actividad productiva en empresas).

Entendida así la empresa, la responsabilidad vicaria adquiere una función económica y social de mayor significación. El principio general de responsabilidad vicaria contenido en el artículo 1981 del Código Civil dispone que el principal (en este caso, la empresa) responde por los daños causados por sus servidores (en este caso, sus trabajadores), dado que el primero resulta ser el más barato evitador de los riesgos. Desde esta perspectiva, la empresa no es responsable por haber obrado mal (esto es, no resulta responsable por actos u omisiones propias y culposas), sino lo es porque resulta ser el vehículo más idóneo para prevenir o mitigar la ocurrencia de daños similares en el futuro y para difundir socialmente, a través de los sistemas de precios y seguros, los costos resultantes de los mismos²⁴.

Desde esta perspectiva, en lo que respecta a la prevención de daños, la racionalidad de la norma parte de la premisa de que los empleados típicamente no cuentan con los recursos necesarios para afrontar el pago de indemnizaciones, motivo por el cual el riesgo de litigio no suele ser un disuasivo efectivo para su mal obrar. Como explica Posner, "The rationale (...) rests on the fact that most employees do not have resources to pay a judgment if they injure someone seriously (...) They therefore are not very responsive to the threat of tort liability"²⁵.

La empresa empleadora, sin embargo, sí puede inducir a sus trabajadores a ser más cuidadosos. En palabras de Posner, "The employer (...) can induce them to be careful, as by firing or otherwise penalizing them for their carelessness (...) and making the employer liable for his employees' torts will give him an incentive to use such inducements"²⁶. Así, los empleadores resultan evitadores efectivos del riesgo en tanto pueden disuadir conductas potencialmente dañosas de sus empleados imponiendo medidas disciplinarias como la amonestación, suspensión y despido, y es previsible que actuarán así frente a la posibilidad de resultar responsables por los actos de estos últimos²⁷.

²² Por ejemplo, como explica Díez-Picazo, "Si los daños, que como consecuencia v. gr. de la circulación, se causan a los vehículos (sin implicar lesiones personales) los pagan las pólizas de seguros de los propietarios, las consideraciones del mercado pueden encontrar un buen campo de aplicación, ya que los costes de reparación de los vehículos implicados en accidentes determinan la cuantía de la prima que paga cada clase de vehículos. En la medida en que el promedio de los costes de reparación de vehículos similares pueda ser diferente, esta diferencia se reflejará en la prima y ello puede influir en el comprador". DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. p. 213.

²³ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 167-169.

²⁴ Ver, por ejemplo: DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 480-481.

²⁵ POSNER, Richard A. "Economic Analysis of the Law". Cuarta edición. Boston: Little, Brown & Co. 1992. p. 187.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Para un desarrollo exhaustivo de los principios económicos generales a tomar en cuenta para explicar y criticar los aspectos más importantes de la responsabilidad vicaria en sus manifestaciones principales, comparando cuándo puede resultar económicamente eficiente una regla de responsabilidad vicaria en comparación a la regla general de la responsabilidad individual, ver: SYKES, Alan O. "The Economics of Vicarious Liability". En: Yale Law 93. 1984. pp. 1231-1280.

De otro lado, en lo que concierne al efecto de difusión del daño propiamente dicho, como bien señala de Trazegnies, todos se benefician con la actividad productiva en empresa (el principal que obtiene ganancias, los servidores que trabajan, la sociedad que cuenta con los productos que desea), y asignando responsabilidad al principal (quien a su vez la trasladará al público por intermedio de los sistemas de precios y seguros), todos comparten el peso económico de los daños estadísticamente inevitables²⁸. Dicho de otro modo, la asignación de responsabilidad en el principal coadyuva a la meta de difundir socialmente los costos resultantes de este tipo de actividades.

La explicación funcional hasta acá desarrollada se ha ceñido al ámbito de la responsabilidad vicaria del empleador por los actos de sus trabajadores subordinados. Ésta, sin embargo, como veremos más adelante, no siempre puede ser extendida de manera consistente a otras relaciones de subordinación fuera del ámbito de la actividad laboral empresarial²⁹.

III. EL ARTÍCULO 1981 DEL CÓDIGO CIVIL

3.1 Ámbito de extensión de la norma

3.1.1 La situación de dependencia

En primer término, es importante destacar que el legislador del Código Civil peruano no parece haber circunscrito el alcance del principio general de la responsabilidad vicaria contenido en el artículo 1981 al ámbito de las relaciones donde exista una estricta dependencia o al de las relaciones estrictamente laborales donde medie una relación empleador-empleado, sino la ha extendido a todo supuesto en que una persona “tenga a otro bajo sus órdenes”. De esta manera, el supuesto regulado en la norma comentada resultaría extensible a las relaciones de subordinación o agencia (en el sentido amplio del término) en general, inclusive a las relaciones de subordinación o agencia temporal que podrían originarse de las circunstancias específicas dentro de las cuales se produce un daño a un tercero.

En nuestro medio, de Trazegnies se ha pronunciado en contra de una interpretación literal como la reseñada en el párrafo precedente, particularmente por los problemas que ello podría acarrear en situaciones de subordinación organizacional dentro de una empresa:

“El tenor literal del artículo 1981 permitiría considerar que todo ‘aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último’; lo que significa que, en aplicación estricta de esa norma, el capataz, el ingeniero de planta, el Gerente General y la empresa misma, serían todos responsables por los daños causados por los obreros de la fábrica.

Pero la interpretación literal es muchas veces la peor de las interpretaciones porque el peso formal de las palabras impide acceder al sentido real de la norma: un malentendido respeto por la ley lleva a que el aspecto exterior de las expresiones deslumbre la vista del intérprete y no le permita ver lo que la norma persigue. En nuestra opinión, no cabe duda que con la frase ‘aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último’ la ley quiere referirse a la persona o entidad que constituye la empresa; aun cuando literalmente esa expresión comprende cada una de las relaciones de subordinación, la norma quiere que sea el último de los niveles –aquél que tenga bajo sus órdenes a todos los demás– quien responda”³⁰.

No obstante, en la jurisprudencia comparada encontramos casos que apoyan la posibilidad de subordinaciones temporales o derivadas de las circunstancias específicas que rodean el acto dañino. Así, por ejemplo, en el célebre caso de *Ybarra v. Spangard*³¹, generalmente considerado uno de los casos pioneros de la responsabilidad por negligencia médica en la jurisprudencia comparada, la Corte Suprema del Estado de California halló responsable a un cirujano por los actos negligentes de los médicos y enfermeras que lo asistieron en una intervención quirúrgica, pese a que estos últimos pudiesen ser formalmente empleados del hospital en el que se realizó la operación, aduciendo que en el transcurso de una intervención de esta naturaleza tales personas se convierten en sirvientes o agentes temporales del cirujano. En estas circunstancias específicas, el cirujano a cargo, y no la empresa u hospital empleador, parecería encontrarse en mejor posición para prevenir la ocurrencia del daño (aunque es cuestionable que aquél sea quien se encuentra en mejor situación para difundir o diluir socialmente el costo del accidente).

En realidad, la correcta delimitación del ámbito de extensión de la responsabilidad vicaria es un tema complicado que merecería ser discutido en mucho mayor detalle. Desde una perspectiva económica, la

²⁸ Ver, por ejemplo: DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 480-481.

²⁹ Ver, por ejemplo: SYKES, Alan O. Op. Cit.

³⁰ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 489-490.

³¹ 25 Cal. 2d 486, 154 P. 2d 687.

eficiencia de la adopción de una regla de responsabilidad vicaria, en contraste al principio general de la responsabilidad individual, dependerá de las circunstancias específicas de cada caso, lo cual dificulta la labor de postular una regla unívoca para todas las situaciones de dependencia³². Por lo general, la eficiencia de la responsabilidad vicaria en una situación determinada dependerá en gran medida de la magnitud de los costos de transacción asociados a la negociación y cumplimiento de posibles arreglos o acuerdos mutuamente voluntarios para la asignación de riesgos entre el principal y su agente. Si tales costos resultan insignificantes, la responsabilidad vicaria por lo general resultará más eficiente, o no menos ineficiente, que una regla de responsabilidad individual.

Por el contrario, cuando dichos costos son significativos, la eficiencia de la responsabilidad vicaria dependerá de una serie de factores adicionales, que incluyen la solvencia y capacidad del agente para indemnizar el daño bajo el principio general de responsabilidad individual, la habilidad del principal para controlar o tener injerencia sobre las acciones de su agente, la duración de la relación de dependencia, la relevancia de incentivos contractuales para inducir conductas minimizadoras de riesgos por parte del agente y la existencia de relaciones contractuales previas entre el principal y la parte que sufre el daño. Imaginemos, por ejemplo, el caso de un pasajero (principal) que pide a un taxista (agente) que lo conduzca al aeropuerto y, en el camino, el taxista atropella a un peatón. En este ejemplo, el principio de responsabilidad individual parecería ser más acorde con la función que hemos atribuido al sistema.

Lo cierto es que, a falta de precisión en la norma comentada, la delimitación de las relaciones de subordinación o agencia a las cuales le resultará extensible la responsabilidad vicaria dependerá, en última instancia, de nuestros tribunales.

3.1.2 La conexión entre el encargo y el daño

Un segundo elemento exigido por nuestra normativa civil para estar frente a un caso de responsabilidad vicaria, en los términos del artículo 1981, consiste en que el daño causado por el servidor sea realizado “en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio

respectivo”. Así las cosas, para hacer “vicariamente” responsable al principal, nuestra legislación requiere se verifique algún grado de conexión entre el encargo o servicio asignado al servidor o agente y el daño resultante, de manera que este último haya nacido en la esfera de la referida actividad y no en total y absoluta desconexión con la misma.

Como explica Posner, desde una perspectiva económica, la exigencia de la conexión entre el encargo y el daño antes mencionada responde a que no resultaría racional exigirle, por ejemplo, a un empleador adoptar medidas para controlar las acciones de sus empleados fuera del ámbito de su empresa puesto que aquél, usualmente, carecerá de la información necesaria para adoptar tales medidas³³. Desde la perspectiva funcional abordada en el presente artículo, poco podría hacer un empleador para disuadir a sus trabajadores de realizar acciones fuera de su ámbito de control que conlleven riesgo de daños para terceros. En estricto, el empleador en nuestro ejemplo no resultaría ser el mejor evitador del riesgo y, por lo tanto, hacerlo responsable no contribuiría a la obtención del resultado deseado, salvo que, claro está, únicamente persigamos una función netamente distributiva.

Por lo demás, vale mencionar que es común encontrar requisitos similares en las legislaciones comparadas, aunque la casuística respecto a cuándo estamos frente a un daño cometido en el ejercicio o cumplimiento de un cargo o servicio dista de darnos respuestas uniformes³⁴.

Un caso típicamente discutido en el Derecho comparado es el de los locadores de servicios y locadores de obra. Más allá de discutir si el locador (agente) es o no jurídicamente un “subordinado” del comitente (principal), desde una perspectiva económica lo relevante es determinar el grado de independencia del primero en su accionar y la habilidad del comitente para controlar o tener injerencia sobre las acciones de su agente, entre otros factores. Asumiendo que los locadores, típicamente, cuentan con mayor solvencia que un mero empleado para afrontar el pago de los daños derivados de su responsabilidad individual, si aquellos resultan ser independientes en su actuar y los comitentes poco pueden hacer para disuadirlos de realizar acciones que conlleven riesgo de daños para

³² Ver, por ejemplo: SYKES, Alan O. Op. Cit.

³³ Como explica Posner, “There is an important qualification to the employer’s (...) liability to his employees’ tort victims: The tort must be committed in the course of employment. This means, for example, that if the employee has an accident while commuting to or from work, the employer will not be liable to the victim. The economic reason for this result (a result that demonstrates incidentally, the inadequacy of a pure deep pocket explanation for respondeat superior) is that it wouldn’t pay for the employer to take steps to reduce his employees’ commuting accidents. The probability of such accidents is small, and since they do not occur during work time, the employer lacks good information for taking steps to minimize them”. POSNER, Richard A. Op. Cit. p. 187.

³⁴ Ver, por ejemplo: ALPA, Guido. “Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y Cuestiones”. Lima: Gaceta Jurídica. 2001. pp. 347-354; DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 490-492.

terceros, lo consecuente sería no extender el concepto de responsabilidad vicaria a este supuesto³⁵. En la jurisprudencia y doctrina comparada, las posiciones respecto a este tema son diversas³⁶.

En Estados Unidos, una excepción a la regla de responsabilidad individual de los locadores independientes es el caso de los servicios ultra riesgosos. Para Posner³⁷, esta excepción tiene sentido económico, puesto que en este tipo de casos los niveles de precaución exigibles son mayores, pudiendo tener el principal un mayor grado de injerencia en la adopción de los mismos. Por otro lado, a mayor riesgo, mayor será la probabilidad y magnitud de los daños, lo cual podría terminar replicando en el locador el problema de la insolvencia que típicamente se observa en el caso de los empleados comunes.

Otro caso particularmente problemático es el de los daños causados por el servidor que se extralimita en el ejercicio del cargo o en el cumplimiento del servicio. De Trazegnies nos narra un caso ilustrativo acontecido en el Perú³⁸. Supongamos que un empleado nocturno en una estación de servicios de expendio de combustible, a espaldas de su empleador y en contravención de sus instrucciones, alquila espacios como cocheras para vehículos por la noche. En este contexto, una noche, el empleado decide tomar prestado un vehículo y pasear por la ciudad, ocasionando un accidente. ¿Resulta extensible el concepto de responsabilidad vicaria para trasladar el peso económico del daño al dueño de la estación de servicios?

Una interpretación restrictiva del artículo 1981 del Código Civil nos llevaría a concluir que no es posible extender la responsabilidad vicaria a aquellos casos, como el del ejemplo antes reseñado, de abuso o mal cumplimiento de funciones por parte del servidor. Tampoco resultaría aplicable a casos de “agencia aparente” —es decir, supuestos en los que terceros pudieran incluso considerar que el servidor actúa por cuenta o con la venia de otro, cuando ello en realidad no resulte así. No obstante, liberar al principal de responsabilidad en casos en que su servidor, si bien se

extralimitó de sus órdenes o facultades, aún se encontraba bajo la esfera de control o supervisión del primero, podría no condecirse con la función que le atribuyamos a esta norma. En el ejemplo de la estación de servicio, el empleador pareciese encontrarse en condiciones para controlar las acciones de sus empleados nocturnos, incrementando, por ejemplo, sus labores de vigilancia o inspección. No parece difícil predecir que llevar a cabo rondas aleatorias de las instalaciones por las noches podría, a un bajo costo, disuadir de manera efectiva a los trabajadores de incurrir en conductas similares a la reseñada.

Nuevamente, observamos que no es sencillo postular una regla unívoca para determinar cuándo estamos frente a un grado de conexión suficiente entre el encargo o servicio asignado al servidor o agente y el daño resultante que justifique invocar la responsabilidad vicaria, no existiendo, por lo demás, una respuesta uniforme en la doctrina y jurisprudencia comparada³⁹. Esta tarea, como en el caso de la delimitación de la situación de “dependencia”, recaerá, en última instancia, en nuestros tribunales. Para efectuar estas tareas, es imprescindible que se tenga claridad respecto a la función perseguida por esta institución.

3.2 El autor del daño y el responsable civil

Como señaláramos en un inicio, el artículo 1981 del Código Civil denomina al principal y al servidor vinculados en los casos de responsabilidad vicaria como “El autor directo y el autor indirecto”, respectivamente. A continuación comentaremos brevemente esta norma desde la perspectiva de cada uno de estos sujetos.

3.2.1 El autor directo

Desde la perspectiva del servidor o autor directo (causante físico) del daño, lo primero que cabe preguntarse es si, conforme a la legislación civil peruana, se requiere que medie dolo o culpa, o el empleo de un bien riesgoso o peligroso (o la realización de una actividad riesgosa o peligrosa), por parte de este servidor en la producción del daño para poder

³⁵ Sin embargo, una regla general que disponga que el comitente nunca resultará responsable por los actos de sus locadores podría, a la vez, incentivar que actividades riesgosas que podrían ser ejecutadas y efectivamente monitoreadas dentro de una empresa, por ejemplo, sean trasladadas a locadores, en casos en que el riesgo de litigio sea significativo, lo que paradójicamente podría contradecirse con la finalidad perseguida por la responsabilidad vicaria. Ver, por ejemplo: ARLEN, Jennifer y W. Bentley MACLEOD. “Beyond Master-Servant: A Critique of Vicarious Liability”. En: MADDEN, Stuart. “Exploring Tort Law”. New York: Cambridge University Press. 2005 (artículo inédito ubicado en los archivos del autor).

³⁶ Ver, por ejemplo: ALPA, Guido. Op. Cit. pp. 348-352; SALVADOR, Pablo y Carlos Ignacio GÓMEZ. Op. Cit. pp. 14-16.

³⁷ En palabras de Posner, “There is an exception to the exception for the case where independent contractor’s work is highly dangerous. This too makes economic sense. The cost-justified level of precaution is by definition higher, making it more likely that the principal can do something to prevent accidents efficiently; in addition, the independent contractor is likelier to have a solvency problem the more dangerous the work is and hence the higher his expected damages bill is”. POSNER, Richard A. Op. Cit. p. 188.

³⁸ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 490-491.

³⁹ Ver, por ejemplo: ALPA, Guido. Op. Cit. pp. 351-352; SALVADOR, Pablo y Carlos Ignacio GÓMEZ. Op. Cit. pp. 16-17.

extender responsabilidad a su principal invocando el principio de la responsabilidad vicaria. Esta es la posición sostenida en nuestro medio por de Trazegnies, quien considera que el acto del dependiente debe ser de tal naturaleza que se encuentre incurso en el régimen general de responsabilidad extracontractual, no existiendo obligación del principal de indemnizar si previamente no existe un daño indemnizable conforme al régimen general de responsabilidad del Código Civil⁴⁰.

Frente a la interpretación sistémica reseñada en el párrafo anterior, cabe alternativamente efectuar una interpretación literal mucho más "objetivizante" de la responsabilidad del autor directo. En efecto, de una lectura literal de la norma comentada, para vincular al principal por responsabilidad vicaria, únicamente se desprende la necesidad de comprobar la existencia de un "daño causado" por el servidor o agente y no la de un "daño indemnizable causado" por el mismo. Así, parecería poder sostenerse que el artículo comentado constituye mas bien un supuesto excepcional a la cláusula general de responsabilidad subjetiva contenida en el artículo 1969 del Código Civil, estableciendo la responsabilidad objetiva estricta del servidor o autor directo del daño sujeto a responsabilidad vicaria.

En nuestra opinión, ambas interpretaciones anteriormente reseñadas son sostenibles. En última instancia, la inclinación a favor de una u otra interpretación va a depender de las circunstancias específicas del caso y de la función que le atribuyamos a esta institución y al sistema de responsabilidad civil extracontractual en general.

3.2.2 El responsable civil

Ciertamente, resulta poco afortunado que el legislador nacional haya optado por denominar al principal sujeto a responsabilidad vicaria como el "autor indirecto" del daño pues, como veremos, ello puede conllevar a confusión y posturas conceptualmente contradictorias.

El concepto de autoría implica un grado de participación en los hechos generadores o causantes del daño a indemnizar. Como quiera que el principal no participa directamente en los hechos ocasionadores de los daños (a diferencia del servidor que es autor material y directo del daño), estaríamos hablando de una participación indirecta de la cual se derive su obligación de indemnizar. Inexorablemente, este tipo de discusiones nos conduce hacia los terrenos de la

responsabilidad subjetiva, que equivale a sostener que el principal únicamente respondería en caso de haber obrado con algún grado de culpa *in eligendo* (un descuido en la elección del agente) o *in vigilando* (una falta de vigilancia adecuada de la conducta del agente).

Si bien en la legislación comparada aún existen códigos de influencia marcadamente subjetivistas que permiten que el principal se libere de responsabilidad demostrando que en su actuar se desarrolló con ausencia de culpa⁴¹, creemos, como explicamos en un inicio, que una lectura de esta naturaleza de la norma comentada resultaría contradictoria.

A nuestro entender, la enunciación del principio de la responsabilidad vicaria, tal como se encuentra consagrado en nuestro Código Civil, es una respuesta dada ante la insuficiencia práctica del principio de responsabilidad individual subyacente en la cláusula general de responsabilidad subjetiva, motivo por el cual no resultaría correcto pretender justificar el traslado de responsabilidad hacia un tercero que aquél conlleva en la idea de la culpa. En otras palabras, la responsabilidad vicaria es, en estricto, un supuesto de responsabilidad por un hecho ajeno –una excepción al principio de responsabilidad individual por actos u omisiones propias. El principal resulta obligado al pago de la indemnización únicamente por disposición expresa de la ley y no por las consecuencias de sus conductas o de su obrar (no por un obrar directo y culposo). Desde la perspectiva funcional reseñada en este artículo, no se busca que el principal sea responsable por haber obrado mal (esto es, no se persigue que sea responsable porque incurre en actos u omisiones propias y culposas), sino que se entiende que éste debe serlo cuando resulte ser el vehículo más idóneo para prevenir o mitigar la ocurrencia de daños similares en el futuro y para difundir socialmente los costos resultantes de los mismos.

Por lo demás, insistimos, si nuestro Código Civil hubiese querido establecer como requisito para que proceda la responsabilidad vicaria que se verifique un actuar culposo por parte del principal, el artículo 1981 resultaría redundante e innecesario, pues idéntico resultado podría perfectamente alcanzarse sobre la base de la cláusula general de responsabilidad subjetiva contenida en el artículo 1969 del Código Civil. Lo cierto, sin embargo, es que tal exigencia haría prácticamente irrelevante la responsabilidad del principal, pues, como señalamos anteriormente, en muchos casos ésta, simplemente, podría ser esquivada con relativa facilidad⁴².

⁴⁰ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. p. 476.

⁴¹ Para Alpa, se trata de "... los últimos brillos de una línea interpretativa ahora por todos abandonada". ALPA, Guido. Op. Cit. p. 348.

⁴² Nota 12 *supra*.

Así las cosas, a nuestro parecer, la responsabilidad vicaria del principal consagrada en el artículo 1981 se asemeja más a una especie de responsabilidad objetiva e incausada. Por ello, coincidimos con de Trazegnies cuando señala que sería más propio denominar al principal como el “responsable civil”, como se hace en la doctrina francesa⁴³.

3.3 La responsabilidad solidaria

Como conclusión del artículo 1981, nuestro Código Civil enuncia que, en casos de responsabilidad vicaria, “El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”.

La responsabilidad solidaria contenida en la norma comentada implica que la presunta víctima puede accionar por el íntegro de la indemnización contra el autor directo o el responsable civil indistintamente (principal o agente). A su turno, aquél que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra el otro, a fin de que cada uno asuma una cuota de la indemnización pagada en proporción con la gravedad de la falta que hubieran cometido. Esta solución, a primera vista, no parece ser funcional ni conceptualmente adecuada.

En estricto, la responsabilidad solidaria y la responsabilidad vicaria son dos mecanismos distintos que, si bien es cierto, de algún modo, tienen por efecto ampliar el círculo de los potenciales responsable susceptibles de indemnizar un daño, responden a motivaciones (persiguen fines) diferentes. Por lo general, la imposición de reglas de responsabilidad solidaria en el Derecho de Daños, como la contenida en el artículo 1983 del Código Civil⁴⁴, persigue ahorrar a la víctima incurrir en los costos probatorios asociados a demostrar el grado de responsabilidad de cada uno de los corresponsables en casos en los que las acciones de más de una persona resulten ser la causa de un daño⁴⁵. A su vez, la responsabilidad vicaria es un supuesto de responsabilidad por actos ajenos, en el cual una persona distinta a la que ha realizado la acción u omisión generadora del daño es obligada a pagar la indemnización, desde la perspectiva reseñada anteriormente, a fin de incentivarle adoptar medidas para prevenir o mitigar la ocurrencia de daños similares en el futuro y a efectos de poder difundir socialmente los costos resultantes de los mismos.

Por otro lado, desde una perspectiva netamente conceptual, de lo expresado anteriormente también se desprende que, a diferencia de lo que sucede en los casos de responsabilidad solidaria en los que típicamente existen varias personas que resultan responsables por sus propios actos, en la responsabilidad vicaria el responsable civil no es autor de una acción u omisión generadora del daño. Dicho de otro modo, en los casos de responsabilidad solidaria las personas potencialmente llamadas a pagar la indemnización responden en aplicación del principio general de responsabilidad individual (por sus propias acciones u omisiones), mientras que en los casos de responsabilidad vicaria responden como una excepción a dicho principio (por las acciones de otro).

En la responsabilidad vicaria propiamente dicha, como hemos visto, el principal resulta obligado al pago de la indemnización únicamente por disposición expresa de la ley y no por las consecuencias de sus conductas o de su obrar (no por un obrar directo y culposo). Ello es así, desde la perspectiva funcional reseñada en este artículo, porque se entiende que el principal resulta ser el vehículo más idóneo para prevenir o mitigar la ocurrencia de daños similares en el futuro y para difundir socialmente los costos resultantes de los mismos. Cuando ambas condiciones se cumplen, la responsabilidad del principal simplemente debería ser exclusiva, no sirviendo ningún propósito adicional el permitirle a aquél repetir contra el servidor.

El carácter prescindible de la acción de repetición se observa con claridad, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones de subordinación dentro de las empresas, en donde los principales típicamente contarán con mecanismos distintos a la acción de repetición que resultarán más efectivos para incentivar comportamientos adecuados de sus subordinados (por ejemplo, medidas disciplinarias). Tampoco resulta congruente el establecer un supuesto de responsabilidad doble que le permita al principal ejercer una acción de repetición contra el servidor en tanto que ésta (en los contados casos en que podría resultar económicamente razonable repetir contra quien, por lo general, asumimos tendrá problemas de solvencia) contrarrestaría el efecto dilutorio de los costos del daño ocasionado (es decir, la difusión, propiamente dicha, del daño). Por lo demás, si el principal no ha realizado una acción u omisión generadora del daño, su cuota de participación en el daño sería nula por lo cual, en

⁴³ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. p. 468.

⁴⁴ Código Civil, artículo 1983: “Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquél que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la reparación se hará por partes iguales”.

⁴⁵ Siguiendo el lenguaje de la metodología postulada por Calabresi, este tipo de reglas perseguirían reducir costos terciarios asociados con la probanza en un proceso.

principio, debería poder recuperar el íntegro de lo pagado, lo que implicaría eliminar por completo el efecto dilutorio perseguido.

No falta quienes han intentado encontrarle alguna utilidad o sentido práctico a la superposición de una regla de responsabilidad solidaria en nuestra norma de responsabilidad vicaria⁴⁶. Lamentablemente, la Exposición de Motivos del Código Civil no nos explica por qué se optó por esta alternativa⁴⁷. Quizás, inmerso en nociones propias de la responsabilidad subjetiva, el codificador nacional pensó que el principal también resultaba, de algún modo, responsable del daño ocasionado por su agente por un obrar propio negligente (*culpa in eligiendo* o *in vigilando*) y de ahí la razón de extrapolar una regla propia de supuestos de corresponsabilidad. Quizás, simplemente, en un afán resarcitorio, se pensó que “Cuantas más personas respondan por un mismo daño más probable será que se cobre una indemnización”⁴⁸.

Cualquiera sea la razón de esta curiosa opción legislativa, lo cierto es que la aplicación a rajatabla de la posibilidad de repetición implícita en toda regla de solidaridad, más que contribuir a la consecución de los fines perseguidos por la responsabilidad vicaria, simplemente los contraría.

COLOFÓN

Cuando uno explora las normas de nuestro Código Civil, conciente de los fines que se pueden perseguir con éstas, comenzamos a comprender dónde yacen las raíces de la problemática de la responsabilidad civil extracontractual en el Perú. El artículo particular que hemos comentado ilustra cómo una norma puede coadyuvar a alcanzar metas socialmente deseables o servir como instrumento para el despropósito. En última instancia, la problemática de la responsabilidad civil en el Perú no es tanto una de normas inadecuadas (sin perjuicio, claro está, que tales normas siempre puedan ser mejoradas) como una de personas (operadores del Derecho en general) con las ideas poco claras⁴⁹.

Como señala Cohen, “Quizá el principal servicio del enfoque funcional consiste en que al liberar a las

reglas, conceptos e instituciones jurídicos del sabor compulsivo a la lógica jurídica o metafísica, abre camino para una consciente crítica ética del derecho (... y nos pone...) en condiciones de llevar a cabo la seria tarea de apreciar el derecho y las instituciones jurídicas en términos de algún *standard* de valores humanos”⁵⁰. El método funcional postulado por la corriente doctrinal del análisis económico de Derecho al que hemos acudido en el presente artículo, en particular, más que proveernos con respuestas unívocas, tiene el mérito de equiparnos con una serie de pautas simples que pueden servirnos de guía para las labores de diseño legislativo e interpretación judicial.

Los principios explorados en las páginas precedentes no sólo nos pueden servir para analizar la posible aplicación, y discutir las bondades y defectos, de otros supuestos tradicionales en el Derecho de Daños de responsabilidad por hecho ajeno (como puede ser la responsabilidad derivada de la dependencia personal de los padres o tutores por los actos de los menores a su cargo, o de los curadores por los de los sujetos incapaces bajo su cuidado), sino también para explorar supuestos contemporáneos derivados de la actividad corporativa y comercial (como, por ejemplo, la posible responsabilidad de los accionistas por los actos de los directores o gerentes de las empresas o de los franquiciadores por los de sus franquiciados) o del modelo de organización política imperante (como, por ejemplo, la posible de responsabilidad del Estado por los actos de los funcionarios públicos o de los concesionarios de servicios). Cada uno de estos casos tendrá particularidades que merecerán ser ponderadas y, en cada uno, la extensión de la responsabilidad vicaria podrá o no resultar socialmente deseable.

La responsabilidad vicaria es mucho más rica y merece un estudio mucho más profundo, en el presente artículo apenas hemos raspado la superficie. Si éste, sin embargo, sirve para ejemplificar cómo puede contribuir el tipo de análisis postulado para aclarar y guiar la aplicación de las normas de responsabilidad civil extracontractual, habrá cumplido una “función” útil.

⁴⁶ Autores como de Trazegnies, por ejemplo, proponen que la posibilidad de repetir contra el servidor sí puede resultar aconsejable en casos en que éste actuó con dolo o culpa inexcusable, como medida de prevención de conductas manifiestamente dañinas. Ver: DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 494-497.

⁴⁷ REVOREDO, Delia (compiladora). “Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios”. Tomo VI. Lima: Occurra. 1985. p. 805.

⁴⁸ SALVADOR, Pablo y Carlos Ignacio GÓMEZ. Op. Cit. p. 5.

⁴⁹ En las palabras de un amigo, “... si me dieran a escoger entre un mal Código con un buen Poder Judicial y un buen Código con un mal Poder Judicial preferiría lo primero (...) un mal Código puede ser corregido por un juez inteligente, mientras un buen Código puede ser distorsionado totalmente por un juez que no está en capacidad de aplicarlo”. BULLARD, Alfredo. “Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales”. Lima: Palestra. 2003. p. 505.

⁵⁰ COHEN, Felix S. “El Método Funcional en el Derecho”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1962. pp. 130-131.