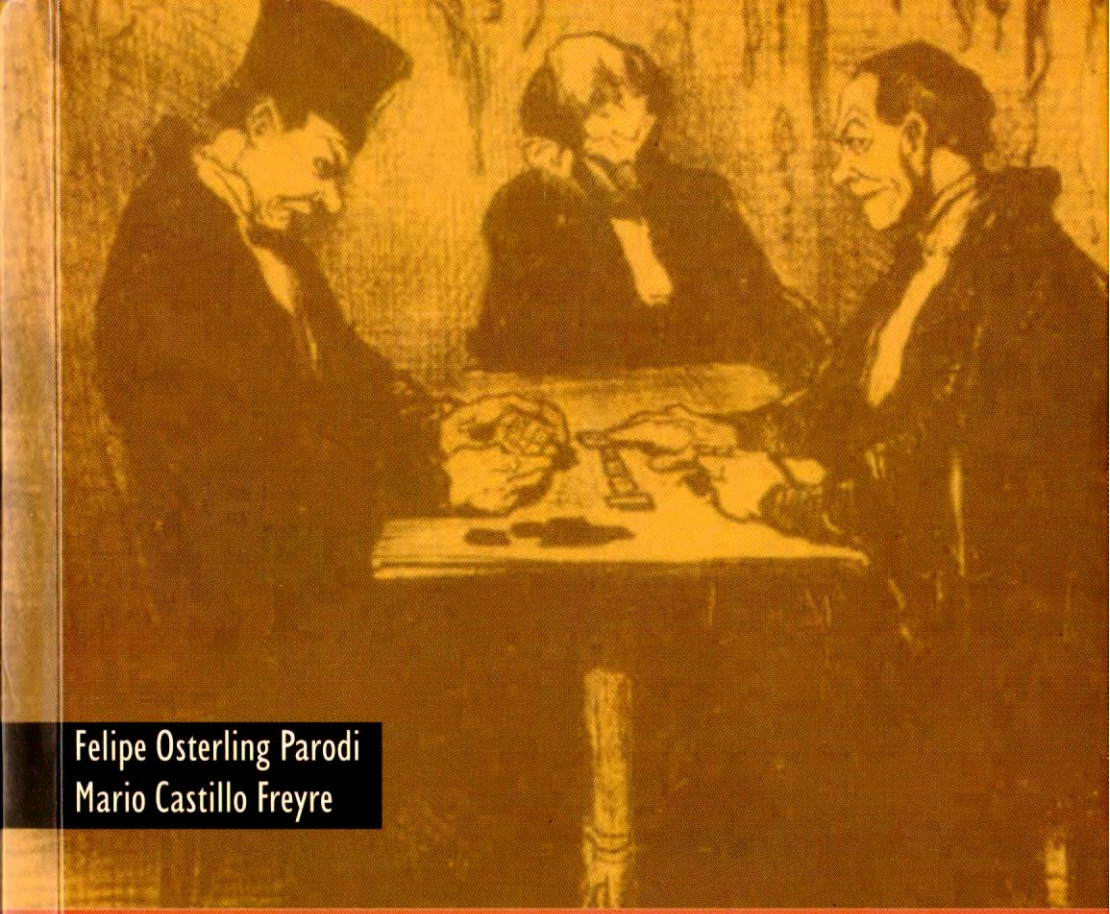


Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

Tratado de las Obligaciones

Vol. XVI - Cuarta Parte - Tomo XI Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL

Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL 2003

Felipe Osterling Parodi, abogado y Doctor en Derecho, fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Es profesor principal de esta materia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Mario Castillo Freyre, abogado y Doctor en Derecho, es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima y la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte

Tomo XI

Biblioteca
Para leer el Código Civil
Volumen XVI

Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2003

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte
Tomo XI

Primera edición: octubre 2003

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Plaza Francia 1164, Cercado, Lima-Perú
Teléfonos: 330-7410 – 330-7411. Telefax: 330-7405
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Cuidado de la edición: Nelly Córdova Núñez
Grabado de cubierta: Honoré Daumier. *Quand le crime ne donne pas,* chez Aubert, Pl de la Burse. Les gens de justice. En *Gentes del Foro.*

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-600-9
Hecho el depósito legal: 1501052003-5489

Impreso en Perú - Printed in Peru

TOMO XI

CONTENIDO GENERAL
CAPÍTULO PRIMERO
Disposiciones Generales
(Teoría General)

16. La plena vigencia de la culpa en el Derecho contemporáneo 533
17. La responsabilidad civil derivada del abuso del derecho 548
17.1. Diferencias existentes entre el abuso del derecho y otras figuras jurídicas 552
17.1.1. Con el cuasidelito 552
17.1.2. Con el riesgo 552
17.1.3. Con el acto lícito 553
17.1.4. Con los actos de emulación 553
17.1.5. Con la colisión de derechos 554
17.1.6. Con el conflicto de intereses 555
17.1.7. Con el fraude al acto jurídico 555
17.2. Criterios que fundamentan la responsabilidad por abuso del derecho 556
18. Supuestos en los cuales se produce la fractura de la relación causal 560
18.1. Incumplimiento del deudor a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias 561
18.1.1. Concepto de incumplimiento 565
18.1.2. Incumplimiento imputable 572
18.1.3. Diligencia ordinaria 575
18.1.4. Inejecución relativa: cumplimiento parcial, tardío o defectuoso 586
18.1.4.1. Cumplimiento parcial 588
18.1.4.1.1. Supuestos de cumplimiento parcial 590

18.1.4.1.1.1. Cuando el deudor cumple solo parte de la prestación debida 591
18.1.4.1.1.2. Cuando la obligación tiene como objeto prestaciones conjuntivas 593
18.1.4.2. Cumplimiento tardío 597
18.1.4.3. Cumplimiento defectuoso 601
18.2. El caso fortuito y la fuerza mayor 603
18.2.1. Concepto 604
18.2.2. ¿Distinción útil o inútil? 619
18.2.3. Condiciones y/o caracteres del caso fortuito o fuerza mayor 624
18.2.3.1. Que el acontecimiento sea extraordinario 624
18.2.3.2. Que el acontecimiento sea imprevisible 626
18.2.3.3. Que el acontecimiento sea irresistible 631
18.2.3.4. Que el acontecimiento constituya un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación 635
18.2.3.5. Que el acontecimiento sea actual 638
18.2.3.6. Que el acontecimiento sea sobreviniente 639
18.2.3.7. Que el acontecimiento sea un hecho extraño a la voluntad del deudor 640
18.2.4. Clasificación del caso fortuito o de fuerza mayor 648
18.2.4.1. Según si fueren ordinarios o extraordinarios 648
18.2.4.2. Según si fueren previsibles o imprevisibles 649
18.2.4.3. Según si la imposibilidad fuere parcial, total o temporal 649
18.2.5. Órbita contractual y extracontractual del caso fortuito o de fuerza mayor 650
18.2.6. Aplicaciones del caso fortuito o de fuerza mayor 652
18.2.7. Efectos del caso fortuito o de fuerza mayor 653
18.2.7.1. En las obligaciones de dar 654
18.2.7.1.1. Pérdida del bien cierto debido 654
18.2.7.1.2. Pérdida en las obligaciones *unum de certis* 656
18.2.7.1.3. Pérdida en las obligaciones de dar bienes inciertos 657
18.2.7.1.4. Pérdida en las obligaciones de dar bienes fungibles 658
18.2.7.2. En las obligaciones de hacer 658

18.2.7.3. En las obligaciones de no hacer 659
18.2.7.4. En las obligaciones de objeto plural 660
18.2.7.5. En las obligaciones de sujeto plural 661
18.2.8. Criterios para considerar como definitiva a la imposibilidad 664
18.2.8.1. Imposibilidad por obstáculo temporal 664
18.2.8.2. Imposibilidad en el momento requerido 664
18.2.8.3. Imposibilidad que luego se torna posible 670
18.2.9. Admisibilidad del pacto de responsabilidad 676
18.2.9.1. Forma del pacto de responsabilidad 676
18.2.10. Prueba del caso fortuito o de fuerza mayor 676
18.2.10.1. Hipótesis en que el caso fortuito y la fuerza mayor se originan en la culpa 677
18.2.10.2. Hipótesis en que concurren la culpa y la fuerza mayor 680
18.2.10.3. Caso fortuito o de fuerza mayor y mora 681
18.3. Imposibilidad de ejecución de la prestación sin culpa de las partes 683
18.3.1. Formas de imposibilidad 683
18.3.1.1. Imposibilidad originaria o subsiguiente 684
18.3.1.2. Imposibilidad objetiva o subjetiva 684
18.3.1.3. Imposibilidad absoluta o temporal 684
18.3.1.4. Imposibilidad total o parcial 686
18.3.1.5. Imposibilidad física o legal 687
18.3.2. Requisitos para que la imposibilidad extinga la obligación 688
18.3.2.1. Que la prestación se torne efectivamente imposible 688
18.3.2.2. Que la imposibilidad se haya producido sin culpa o dolo del deudor 689
18.3.2.3. Que el deudor no responda del caso fortuito o de fuerza mayor 689
18.4. La inimputabilidad subjetiva 691
18.5. El hecho de la víctima y la concurrencia de culpas 693
18.5.1. El hecho de la víctima como causa exclusiva del daño 694
18.5.2. El hecho de la víctima como causa parcial del daño 699
18.5.3. Las acciones que surgen ante el hecho de la víctima 703
18.6. El estado de necesidad 705

18.6.1. Elementos del acto necesario 707
18.6.1.1. El peligro actual de sufrir un daño en un bien jurídico 707
18.6.1.2. Que la situación de necesidad no haya sido causada por la persona amenazada 708
18.6.1.3. Que no exista otra vía para eludir el peligro o inevitabilidad del daño causado 708
18.6.1.4. Que el daño que se ocasione sea menor que el que se evite 709
18.6.2. Naturaleza jurídica 710
18.6.2.1. El estado de necesidad como una situación ajurídica 710
18.6.2.2. El estado de necesidad como un acto ilícito 710
18.6.2.3. El estado de necesidad como un acto lícito 711
18.7. La legítima defensa 712
18.7.1. Teorías que la justifican 713
18.7.1.1. Teoría del derecho de necesidad 713
18.7.1.2. Teoría de la cesación del derecho de punir 714
18.7.1.3. Teoría de la legitimidad absoluta 714
18.8. El incumplimiento derivado de lesión 717
18.9. El incumplimiento derivado de excesiva onerosidad de la prestación 722
19. La imposibilidad de invocar actos propios para liberarse de responsabilidad 745
20. ¿Uno, dos o tres regímenes de responsabilidad civil? 750
20.1. La responsabilidad precontractual 750
20.1.1. Supuestos generadores de responsabilidad precontractual 759
20.1.1.1. El rompimiento injustificado de las tratativas 759
20.1.1.1.1. El principio general de la buena fe (en la celebración del contrato) 760
20.1.1.1.2. La común intención 763
20.1.1.2. El coartar la libertad de la otra parte viciando su voluntad 764
20.1.1.3. La celebración de un contrato sin la formalidad *ad solemnitatem* requerida 765

20.1.1.4. La celebración de un contrato nulo porque la parte que conocía el obstáculo no proporcionó la información necesaria 766
20.1.1.5. La vulneración de la buena fe en la información suministrada para contratar masivamente 767
20.1.2. Nuestra posición en torno al fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual 768
20.1.3. La responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato preparatorio 771
20.2. La responsabilidad contractual 780
20.2.1. Teorías que sustentan la responsabilidad contractual indirecta 785
20.2.1.1. Teoría de la *culpa in eligendo* 785
20.2.1.2. Teoría de la *culpa in vigilando* 787
20.2.1.3. Teoría de la acumulación de la culpa en la elección y en la vigilancia 787
20.2.1.4. Teoría de la representación o de la sustitución 791
20.2.1.5. Teoría del riesgo 792
20.2.1.6. Teoría del resultado 792
20.2.1.7. Teoría de la fuerza mayor 793
20.2.1.8. Teoría de la esfera de intereses 793
20.2.1.9. Teoría de la ponderación de los intereses 793
20.2.1.10. Teoría del concepto de la prestación 794
20.2.1.11. Teoría de la garantía tácita 794
20.2.1.12. Teoría de la presunción legal de culpa 795
20.2.2. Condiciones para que proceda la responsabilidad contractual indirecta 796
20.2.3. Acciones derivadas de la responsabilidad contractual indirecta 799
20.2.4. Principales supuestos de responsabilidad contractual indirecta 801
20.2.4.1. En el contrato de arrendamiento 801
20.2.4.2. En el contrato de locación de servicios 802
20.2.4.3. En el contrato de hospedaje 803
20.2.4.4. En el contrato de obra 803
20.2.4.5. En el contrato de mandato 803
20.2.4.6. En el contrato de transporte 804

20.2.4.7. La responsabilidad por el hecho de los auxiliares de los organismos médicos 805
20.2.5. Tendencia jurisprudencial 806
20.2.6. A modo de conclusión 809
20.3. La responsabilidad extracontractual 810
21. Nuestra posición en torno a los regímenes de responsabilidad civil 840
21.1. Semejanzas y diferencias 841
21.1.1. En cuanto al origen del resarcimiento 841
21.1.2. Magnitud del resarcimiento en cuanto a la causa que origina el daño 842
21.1.3. En lo referente a las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad 844
21.1.4. En cuanto a la naturaleza de la prestación resarcitoria 844
21.1.5. En cuanto a la reparación del daño moral y del daño a la persona 845
21.1.6. En lo que respecta a la responsabilidad en las obligaciones solidarias 845
21.1.7. En lo que respecta a la responsabilidad en las obligaciones indivisibles 847
21.1.8. En cuanto a los plazos prescriptorios 847
21.1.9. La responsabilidad y la novación de las obligaciones 848
21.1.10. En cuanto a si se originan en acciones u omisiones 852
21.1.11. En cuanto a la constitución en mora 853
21.1.12. En lo referente a la capacidad del causante del daño 854
21.1.13. En cuanto a la aptitud legal de los tribunales para determinar si se trata de una u otra clase de responsabilidad 857
21.1.14. Según se responda por faltas o por hechos 857
21.1.15. En cuanto a la carga de la prueba 858
21.1.16. En relación con los medios probatorios 860
21.1.17. En cuanto al modo de calcular los daños y perjuicios 861
21.1.18. En cuanto a la forma como responden los herederos del deudor 862
21.1.19. En cuanto a los tribunales competentes 862
21.1.20. En lo referente al antiguo caso de la dote 862
21.1.21. En cuanto a la finalidad del pago por los daños y perjuicios causados 863

21.1.22. En cuanto a si se justifica un diferente grado de reparación 864
21.1.23. En lo que respecta a la eventualidad de asegurar el incumplimiento 866
21.1.24. En lo referente a las obligaciones solidarias y las obligaciones *in solidum* 867
21.1.25. En cuanto a la fecha en que se origina el daño 868
21.2. Nuestra opinión 869
22. Incumplimiento en las obligaciones que implican pagos en cuotas periódicas 878
23. Incumplimiento en las obligaciones de dar sumas de dinero 883
24. Cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad 891
24.1. El caso del dolo y la culpa inexcusable 893
24.2. El caso de las obligaciones derivadas de normas de orden público 895
25. Probanza de la imputabilidad 895
26. Probanza de los daños y perjuicios y de su cuantía 899
27. La teoría general de la responsabilidad civil y el análisis de diversas responsabilidades especiales 904
27.1. Responsabilidad civil colectiva 906
27.2. Responsabilidad civil por repercusión o rebote 915
27.2.1. Daño patrimonial por repercusión o rebote 918
27.2.2. Daño moral por repercusión o rebote 923
27.3. Responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito entre sujetos que carecen de vínculo jurídico contractual 927
27.3.1. El fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en los accidentes de tránsito 929
27.3.1.1. La teoría clásica o subjetiva 929
27.3.1.2. Teoría moderna u objetiva 931
27.3.1.3. Teoría del riesgo 932
27.3.1.4. Teoría de la distribución social de los daños 934
27.3.2. Causales de exoneración 937
27.3.2.1. El caso fortuito o la fuerza mayor 938
27.3.2.2. El daño ocasionado por hecho determinante de un tercero 939
27.3.2.3. La culpa exclusiva de la víctima 940
27.3.3. Supuestos de responsabilidad extracontractual solidaria originada en accidentes de tránsito 945

27.3.3.1. La solidaridad entre el causante y el asegurador 946
27.3.3.2. Responsabilidad solidaria entre el propietario del vehículo y el autor directo del daño 948
27.4. Responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito con respecto al pasajero, cuando media contrato a título oneroso de transporte terrestre 950
27.4.1. Consideraciones generales 951
27.4.1.1. Importancia del transporte 951
27.4.1.2. Los accidentes de tránsito 953
27.4.1.3. Distintas modalidades de transporte terrestre 957
27.4.1.4. Duplicidad de regímenes de responsabilidad 960
27.4.2. La responsabilidad contractual en el transporte oneroso de personas 961
27.4.2.1. Presupuestos necesarios para imputar responsabilidad 965
27.4.2.1.1. La existencia del contrato de transporte 965
27.4.2.1.2. El incumplimiento de la obligación contractual debe originar un daño al pasajero 968
27.4.2.1.3. Que el incumplimiento sea atribuible al transportista 969
27.4.3. Eximentes de la responsabilidad 972
27.4.4. A modo de conclusión 974
27.5. Responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito respecto al pasajero cuando el transporte terrestre es a título gratuito 977
27.5.1. Aspectos generales: Hacia una definición de transporte gratuito 978
27.5.2. El transporte terrestre a título gratuito: ¿Un supuesto de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual? 980
27.5.2.1. La tesis negativista 982
27.5.2.2. La tesis contractualista 984
27.5.2.3. Tesis de la responsabilidad extracontractual 990
27.5.3. Teorías de la responsabilidad extracontractual 991
27.5.4. A modo de conclusión 995

16. La plena vigencia de la culpa en el Derecho contemporáneo

Es claro, sin duda, que la doctrina y la jurisprudencia de los últimos veinte años ha estado encaminada a la búsqueda de nuevos factores de imputación de responsabilidad.

Al respecto, dicha controversia se expresa en un amplio movimiento que va hacia la objetivación de la responsabilidad contractual y extracontractual, proclamando el ocaso de la culpa o, cuando menos, su reducción a un rol de poca importancia.

A favor de la búsqueda de nuevos factores de atribución se expresa Gabriel Stiglitz:[458] «La nueva perspectiva del derecho de daños, adopta el rigor de carácter objetivo de la responsabilidad civil del empresario tanto en la órbita contractual como extracontractual. De esta manera, el derecho de daños prescinde o amortigua el factor atributivo culpa, asignando la responsabilidad, justamente a quien por las circunstancias se halla en mejores condiciones de hacer frente a los

[458] Citado por Venini, Juan Carlos. «Factores Objetivos y Subjetivos de atribución en materia de responsabilidad contractual». En *Responsabilidad por daños contractual y extracontractual.* Buenos Aires: Editorial JURIS, 1990, Parte General, tomo I, p. 201.

riesgos, y así aflora la motivación de preservar siempre al consumidor dañado en su persona y bienes».

Así, en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, la impugnación al principio de la culpa está dada —según la doctrina— en la insuficiencia de dicho principio para resolver los problemas que nacen del fenómeno de la masificación de los daños.

La multiplicación de las prestaciones, productos y actividades riesgosas, involucran cada vez más a las personas, dejando usualmente indefensa a la víctima, ya que muchas veces esta no está en condiciones de probar la culpa del autor del hecho dañoso, debido a la presencia de lo que la mayoría de autores denomina «agresión dañosa de factores técnicos de compleja entidad y elaboración».

La necesidad de una tutela más adecuada a las personas y cosas ha alentado a crear e incrementar otras fórmulas de aseguramiento e incluso la implementación de novedosas formas en la seguridad social.

Cesare Massimo Bianca[459] describe, por ejemplo, que en su país muchas fueron las intervenciones legislativas[460] destinadas a que las personas —frente a la producción de determinados eventos dañosos— prescindan de los remedios de la responsabilidad. El criterio se refiere —anota el citado autor— a los infortunios de trabajo, pero también, por ejemplo, al derecho de indemnización a cargo del Estado a favor de los sujetos dañados por la vacunación obligatoria, las transfusiones y el suministro de hemoderivados.

[459] Bianca, Massimo C. «Supervivencia de la Teoría de la culpa». En *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Op. cit.*, p. 137.

[460] Todas estas intervenciones legislativas han sido entendidas por una gran parte de la doctrina como un testimonio del abandono al principio de la culpa.

Dentro de esa necesidad de querer tutelar de modo más adecuado a las personas y sus bienes frente a determinados acontecimientos dañosos, se aprecia, pues, la tendencia destinada a crear hipótesis de responsabilidad objetiva o de responsabilidad agravada.

Esta tendencia ha encontrado amplia recepción en varios países. Así, por ejemplo, en Italia existe una ley especial, emanada de una directiva de la Unión Europea (D.P.R. 24-V-1988, N.° 224-85/374), sobre responsabilidad por daños nucleares y sobre responsabilidad del productor por daños causados a la persona por defectos de fabricación. Se trata de hipótesis referentes a actividades o cosas que presentan un gran margen de peligrosidad, no obstante que se observe el máximo grado de diligencia; resultando entonces apropiado cargar este margen de riesgo a quien ejercita la actividad o se vale de cosa peligrosa.

Al respecto, Eduardo Jorge Monti[461] expresa que muchas veces, cuando las víctimas no pueden invocar un factor objetivo de responsabilidad y no media un claro caso de imprudencia o negligencia, los jueces consideran suficiente un mínimo generalmente descartable de desarreglo de conducta para ordenar el pago de una indemnización. En este sentido, el viabilizar —continúa el citado autor— la consideración como culpa de esas «relajaciones de atención», errores insignificantes o culpas mínimas desprovistas de toda significación moral, ha contribuido a la «esterilización» de la noción misma de culpa, perdiendo esta su calidad de instrumento de mediación de las conductas.

Igualmente, agrega Monti, la fractura del concepto tradicional se pone de manifiesto con las presunciones de culpa, que debe desvir-

[461] Monti, Eduardo Jorge. «Vigencia y futuro de la responsabilidad civil». *VERBA IUSTITIAE, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Morón. Año II, n.° 3, 1996, pp. 43 y 44.

tuar el autor del daño; o cuando el propio autor debe demostrar su diligencia si se duda sobre la causa del daño; o requiriéndose algo más que el cumplimiento de las leyes o reglamentos para tener por acreditada la actuación diligente; y asumiendo —en su caso—, el sindicado como responsable, las consecuencias por actuaciones lícitas si no ha podido asegurarse que las mismas estuvieran exentas de causar daño.

El reproche moral a los factores subjetivos de responsabilidad, ha llevado a la doctrina a proponer otros que suplan al dolo y a la culpa; así, por ejemplo, podemos mencionar los siguientes: el riesgo de las empresas, el caso fortuito, las mal llamadas «obligaciones de resultado», la garantía, la equidad, la obligación tácita de seguridad, entre otros.

La tendencia normativa que atribuye el daño en razón del riesgo creado por quien desarrolla una actividad o posee una cosa, es considerada, en algunas hipótesis, como justificada, debido a la necesaria injerencia de un margen de peligrosidad en tal actividad o cosa. Para dicha tendencia, el riesgo sería un fundamento general idóneo para sustituir a la culpa.

Intentando encontrar una explicación a la hipótesis del riesgo, se ha invocado el aforismo latino *ubi commodum, ibi auctor* —donde está la ventaja, allí está el autor—, a cuyo efecto se señala que quien obtiene una ventaja a causa de su obrar es justo que cargue con las consecuencias.

Sin embargo, tal parecer podría aplicarse a todas las relaciones. En la variedad de contactos sociales que generan daños, no podría identificarse a un sujeto que posea ventajas respecto de otro.

Si, por ejemplo, colisionan dos autos, no es idóneo ni suficiente referirse tan solo al *commodum* (la ventaja) para atribuir el daño a uno o a otro. De igual modo, si nos servimos del obrar de un profesional no podemos afirmar que el *commodum* ha de adjudicarse solo a este último.

Así, el *commodum* ha sido puesto en cabeza del productor de los hechos, pero si se analizan bien las cosas, las soluciones favorables al dañado responden a una exigencia que no concierne a la ventaja del productor —toda vez que resulta indiferente el hecho de que se trate de una actividad realizada con o sin fines de lucro—, sino, por el contrario, a la de ofrecer a los consumidores una tutela más intensa con respecto a quien despliega la actividad que posee un alto porcentaje de peligrosidad.

Para un sector importante de la doctrina, la previsión normativa en determinadas hipótesis de responsabilidad objetiva no autoriza, sin embargo, a afirmar que el ilícito aquiliano se encuentra hoy fundado en el principio «quien rompe, paga», porque se trata de hipótesis en las cuales la responsabilidad objetiva tiene una justificación específica.

Resulta coincidente el hecho de que el elemento que reduce el ámbito de la responsabilidad objetiva, y que confirma su incapacidad para imponerse como regla general, es la tendencia a compensar el riesgo atribuido al responsable con la limitación del monto del daño resarcible. Así, por ejemplo, se advierten los topes máximos de reparación de daños a los pasajeros y cosas en el transporte aéreo internacional; y por ello resulta necesario, entonces, fijar un límite cuantitativo del resarcimiento en función de la cobertura del seguro.

Dentro de ese orden de ideas, Julio César Rivera[462] señala que la declinación de la responsabilidad individual o de la culpa, se debe a la verdadera colectivización de los daños a partir de los seguros y los fondos de garantía, amén de la seguridad social que en los países cen-

[462] Rivera, Julio César. «Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998». En *ANALES. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XLV, Segunda Época, n.º 38, Buenos Aires: Editorial La Ley, Octubre de 2000, pp. 8 y 9.

trales asume la función de reparación de los infortunios, desplazando incluso a la responsabilidad civil.

Lo cierto es que ahora, nos dice Julio César Rivera, la responsabilidad objetiva comprende dominios tales como los accidentes de trabajo, los de la circulación, los producidos con intervención de cosas inanimadas, por los hechos de los hijos, por las relaciones de vecindad, por los productos, por la prensa, y aun en algunos campos de la responsabilidad contractual como en el transporte y, en general, en los casos de las llamadas «obligaciones de resultado», cuando el fin previsto en el programa de prestación no fue satisfecho.

La doctrina argentina, por ejemplo, ha apuntado que los daños típicos de la sociedad postindustrial no pueden contenerse en el esquema tradicional de la responsabilidad por culpa, ni aun en la imputación objetiva por la intervención de cosas riesgosas o viciosas; y es que todos esos daños presentan un denominador común: su dañosidad deriva de alguna actividad riesgosa.[463]

Para comprobar el caso fortuito, siempre se parte de un juicio de previsibilidad y superabilidad en la medida del esfuerzo diligente debido. Si un golpe de viento hace caer una teja sobre la cabeza de un peatón no existe caso fortuito por tratarse de un evento previsible con el adecuado mantenimiento que debe darse al inmueble. En cambio, si un huracán arrasa el techo de la casa deberíamos decir que el evento configura un caso fortuito, porque va más allá de lo que razonablemente se podía prever.

Por otro lado, se ha planteado también la objetivación de la responsabilidad en el incumplimiento de las obligaciones.

[463] De ahí que Alterini, Ameal y López Cabana expresan que la teoría del riesgo solo debería regir para cosas o actividades peligrosas o con gran virtualidad en la producción de perjuicios (Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana, *Op. cit.*, p. 199).

Así, cediendo a las sugerencias de la doctrina objetivista, el Código Civil Italiano de 1942, en su artículo 1218, atribuye responsabilidad al deudor que no cumple, salvo que este pruebe la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

En otras palabras, el deudor responde por ser incumplidor, no porque haya incurrido en culpa; lo único eximente es la imposibilidad sobrevenida, que es válida para extinguir la relación obligatoria.

¿Esta solución significaría la exclusión definitiva de la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual?

Muchos opinan que no. Por el contrario, se sostiene que resulta impropia la regla que sacrifica al deudor hasta el límite de una imposibilidad objetiva y absoluta.

Sobre el particular, Cesare Massimo Bianca[464] señala que la práctica de los negocios contractuales ha individualizado esta medida en el esfuerzo diligente que el tipo de obligación reclama normalmente del deudor.

Pretender que el deudor —anota Bianca— se sacrifique más allá de la medida del deber impuesto, que responda cualquiera sea el esfuerzo empleado en términos de pericia, prudencia, atención, etc., significa desplazar dicha responsabilidad hacia un terreno ajeno a la cobertura de los riesgos asegurados.

Dentro de ese orden de ideas, Bianca destaca que la solución legislativa dada por el Código Civil Italiano en el artículo 1218 antes citado, se ha mostrado extraña a la práctica de los negocios y todo esto explica —añade el citado autor— cómo la jurisprudencia, aun sin desatender abiertamente la norma, la ha aplicado y la aplica de-

[464] Bianca, Cesare Massimo. *Op cit.*, p. 140.

jando abierta al deudor la posibilidad de probar la falta de culpa. Precisamente —concluye Bianca—, la eximente de la imposibilidad es sustancialmente entendida como un impedimento no previsible ni superable con el empleo de la debida diligencia.[465]

En torno al tema, Noemí Nicolau[466] ha expresado que el régimen actual de la responsabilidad civil evidencia un humanismo paternalista, que protege a la víctima y esta es su mayor justicia, pero, en ocasiones, lo hace de una manera un tanto desequilibrada.

Cuando la doctrina demanda un sistema equilibrado de responsabilidad civil, significa que este asegure a las víctimas indemnizaciones razonables, que sean percibidas rápida y efectivamente, sin que ello sea un mero proceso de transferencia del daño a otro sujeto.

Un sistema ineficiente o «desequilibrado» podría significar, por ejemplo, que la indemnización no pueda ser pagada si el deudor de ella es insolvente; o, sin eliminarse el daño, este empeora o se agrava, como cuando el deudor de una indemnización deviene en insolvente a causa de ella.

De ahí que las críticas de quienes propugnan la teoría objetiva, se centran en catalogar a la teoría subjetiva como «meramente limitada

---

[465] El propio Bianca nos proporciona un ejemplo significativo al respecto: la huelga económica que impide al empresario satisfacer en tiempo oportuno la prestación, no debería constituir nunca un caso de imposibilidad de la prestación, porque el empresario siempre puede satisfacer los requerimientos de los huelguistas y de esta manera hacer que ellos retornen al trabajo. Pero de esta forma se compelería al empresario a que ponga en peligro la existencia misma de la empresa, causándole un perjuicio económico, que sería fatal si fuera determinado al margen de los equilibrios perseguidos por medio de la contratación colectiva.
Esto fue tenido en cuenta por la jurisprudencia, que considera retardo no imputable el causado por la huelga del personal del deudor, tratándose de un impedimento no evitable con el empleo de la debida diligencia.

[466] Citada por Rivera, Julio César. *Op. cit.*, p. 25.

a la contemplación de la víctima», desinteresándose de las causas o efectos de los hechos. Ello, enseña la doctrina, significa un simple proceso de transferencia del daño, de la víctima al victimario.

Muchos reconocen que este proceso de transferencia no tiene resultados útiles en la sociedad, postulando, por el contrario, la dispersión de los daños como un sistema más equilibrado de responsabilidad civil, el mismo que se logra a través de los seguros, los fondos de garantía, la seguridad social y la salud pública.

Sin embargo, son pocas las legislaciones o países —podemos mencionar, por ejemplo, a Francia— en los que se aprecia una adecuada contemplación de las necesidades de las víctimas, complementándose con la salud pública, la seguridad social y el seguro, satisfaciendo muchas de las exigencias no solo individuales, sino también sociales.

En países como el nuestro, por ejemplo, tales buenaventuras no se dan. El seguro social y la asistencia pública siguen destacando por insuficientes y limitados. Del mismo modo, el seguro (particular) resulta un negocio que está fuera del alcance de «las mayorías», ante las elevadas primas que deben pagarse, sumándose a ello el hecho de que los límites de coberturas son bastante bajos, ello debido —entre otros factores— a la escasa cultura del seguro que existe en el Perú.

Todos estos detalles e inconvenientes son los que impulsan a la doctrina a buscar un sistema de responsabilidad civil más equilibrado y realmente eficiente.

Dicho sistema idóneo de responsabilidad es perseguido desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, el mismo que ha desarrollado hondamente la noción de eficiencia del sistema jurídico en general y el de responsabilidad civil en particular.

Siguiendo la exposición de los profesores Schäfer y Ott, Julio César Rivera[467] señala como principios básicos del análisis económico del Derecho a los siguientes:

- El análisis económico del Derecho estudia las normas y decisiones judiciales, teniendo en cuenta si ellas producen un despilfarro o permiten una aplicación adecuada de los recursos escasos, a fin de obtener el mayor grado de satisfacción de las necesidades.

- Así, el estudio del análisis económico del Derecho es «consecuencialista», vale decir, evalúa cuáles son las consecuencias que tales normas o decisiones producen en la sociedad y en los individuos.

- El análisis económico del Derecho logra ese examen consecuencialista, solo a través de la construcción de un modelo (jurídico - social) que permita predecir los efectos de la aplicación de las diversas reglas jurídicas y el comportamiento futuro de los sujetos. Así, con dicho modelo, podría determinarse si un techo de indemnización demasiado bajo incrementará las conductas negligentes o si una indemnización muy alta hará excesivamente costoso el aseguramiento.

- Para el análisis económico del Derecho, un mercado con eficiencia absoluta, es aquel en el que no hay despilfarros en la asignación de los recursos. Eso, para el análisis económico del Derecho, significa «competencia perfecta».

- El análisis económico del Derecho propulsa un sistema de responsabilidad «inicialmente justo», lo cual se alcanza con el valor «eficiencia». Para ello, se debe reducir el costo de los accidentes, desalentar las conductas antisociales y dispersar o diseminar el daño efectivamente causado.

- Sin embargo, la propia teoría del análisis económico del Derecho reconoce que hay ciertos límites en la búsqueda de la eficiencia, pues resulta evidente que en toda sociedad hay normas que deben aplicarse aunque no causen eficiencia sino que pueden producir lo contrario, y, del mismo modo, prevalecen las normas que hacen inviolables a los derechos de la persona humana, pues los criterios de determinación de la elección entre dos situaciones sociales están limitados por los derechos fundamentales de los individuos.

[467] *Ibidem*, pp. 42-52.

Ahora bien, teniendo en cuenta que esos son los principios básicos del análisis económico del Derecho, cuáles serían, entonces, los aportes de dicha teoría al régimen de la responsabilidad civil, en un afán de deponer el declive de la culpa.

Aunque esa tesis no descarta que la responsabilidad civil tenga que compensar a las víctimas, alentar las actividades socialmente útiles y desalentar las actividades dañosas, el análisis económico del Derecho incorpora como fines relevantes la reducción de los costos sociales de los accidentes y la prevención de la producción de los daños.

Como en todo examen que hace el análisis económico del Derecho, la técnica para valorar la culpa consiste en realizar una apreciación costo-beneficio.

Desde el punto de vista económico, toda actividad humana, por simple que sea, ocasiona un costo y un beneficio. Estos pueden afectar únicamente a quien realiza la actividad que los genera o a terceros. Cuando un acto afecta a terceros, ocasionándoles costos o beneficiándolos gratuitamente, se produce lo que en el lenguaje económico se denomina una «externalidad».

Solo en virtud a una regla de responsabilidad es que el causante del daño deberá asumir los efectos dañosos de su acto, vale decir, «internalizar las externalidades». En efecto, la reparación del daño se producirá en la medida en que el ordenamiento jurídico así lo exija; de lo contrario sería poco probable que el responsable del daño asumiera voluntariamente una externalidad, ya que resultaría «más económico» obtener los beneficios que una actividad genera sin necesidad de asumir costos.

En ese sentido, puede advertirse que mediante un sistema de responsabilidad civil el costo social se convierte en costo privado.

La trascendencia económica de esta función escapa a una visión tradicional del Derecho y a los supuestos clásicos de la responsabilidad civil. La finalidad de esta es la de indemnizar todo daño o perjuicio que se cause a otro mediante un acto voluntario e imputable e impedir el abuso de quienes intentan lucrar a expensas del responsable del daño. Así, suele desconocer los efectos que podría proyectar en un contexto socioeconómico, la bondad de un sistema de responsabilidad civil que se base en la justicia que este puede alcanzar en el ámbito privado: el resarcimiento del daño mediante el pago de una indemnización. Por el contrario, a la luz del análisis económico del Derecho, es la eficiencia la que determina las bondades de una regla de responsabilidad. Esta eficiencia se materializa en la protección del interés social involucrado en la reparación del daño, por sobre el interés privado.

Dentro de esa línea de pensamiento, Jorge Eduardo Bustamante[468] anota que el análisis económico del Derecho propone un método que define cuáles deberían ser las reglas jurídicas que, en cada caso, lleven

[468] Bustamante, Jorge Eduardo. «Análisis Económico de la Responsabilidad Civil». En *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Op. cit.*, p. 175.

a los actores a elegir el nivel de prevención más eficiente, para que no todos los daños sean imputados a sus autores, permitiéndose que puedan realizarse actividades susceptibles de causarlos, cuando el beneficio esperado de las mismas es mayor que la probabilidad de causar daño.

El análisis, según Jorge Bustamante, parte del concepto económico de que cada persona actuará en forma racional, ignorando los costos que se imponen a terceros y tomando en cuenta solamente los costos que le pertenecen, incluyendo los daños que deba resarcir. Si la norma jurídica no estableciera responsabilidad alguna, el nivel de prevención sería nulo y cada persona solo tomaría en cuenta sus costos privados. Como consecuencia, habría demasiados accidentes y los daños provocados a terceros serían intolerables. Viceversa, si la norma jurídica estableciera responsabilidad absoluta por todos los daños causados, el nivel de prevención sería paralizante, ya que cada persona tomaría en cuenta los costos privados y todos los costos externos, hasta el punto de que difícilmente hubiese conductas cuya utilidad futura justificase asumir esos riesgos. Como consecuencia, habría muy pocos accidentes pero ningún crecimiento económico.

Teniendo en cuenta todas esas consideraciones (vale decir, desde el punto de vista del análisis económico del Derecho), veamos cuáles serían las diferencias entre un sistema subjetivo y un sistema objetivo de responsabilidad civil.

Sistema subjetivo	Sistema objetivo
• Para la teoría subjetiva, el factor de imputación —como se sabe— es la culpa —aunada, según viéramos, al dolo, la antijuridicidad, la dañosidad y la causalidad— y su prevalencia se debe, fundamentalmente, a un sentido moral que lle-	• El sistema objetivo de responsabilidad civil establece al «riesgo-provecho» como factor de atribución de responsabilidad.

va a evaluar con contenido ético la conducta humana.

- La singularidad de la regla de responsabilidad fundada en la culpa, es que aquella establece una división entre el nivel de prevención «permitido» y «sancionado» para la conducta humana —si esta se adecúa o no al *standard* legal—. Es decir, aquí importa poco si los daños y perjuicios que le serían imputados al actor, son proporcionales al daño efectivamente causado; toda vez que luego de hacerse el cálculo entre el costo de la prevención y los daños que podría causar el agente, la suma de ambos elementos resulta suficiente como incentivo para evitar un desvío del criterio legal: el causante del daño se encontrará obligado a «internalizar los costos sociales»[469] si el perjudicado llegase a probar la culpabilidad en la generación del daño.

- La principal característica del factor «riesgo» de atribución, consiste —a decir de la doctrina— en la ausencia de un *standard* de conducta debida que establezca un límite cualitativo entre aquellas acciones que cumplen con la exigencia legal y aquellas que harán responsables a sus autores por los daños causados. Según este concepto, hay responsabilidad objetiva cuando el sistema de atribución del daño deja de tomar en cuenta el costo que actuar con diligencia y prudencia tiene para las personas, imputándoles las consecuencias dañosas de su conducta «a cualquier costo» de prevención. En consecuencia, si una empresa se beneficia con una actividad que introduce riesgos a la sociedad sería automáticamente (esto es, sin necesidad de probar culpabilidad) responsable de los daños que ocasione el consumo de sus bienes o servicios. Por ello, este tipo de responsabilidad significa para las empresas la internalización de mayores costos sociales.

[469] Por costo social se entiende las molestias, gastos, pérdidas o daños que la producción de un bien o un servicio generan a la sociedad. La internalización del costo social determina que los individuos consideren las consecuencias de sus actos y que adopten, por tanto, medidas de prevención del daño. En ese sentido, el costo social que asumiría una empresa de transporte aéreo, por ejemplo, estaría constituido, principalmente, por las molestias que genera el ruido de los aviones a quienes habitan próximos a un aeropuerto y la pérdida de vidas humanas que un accidente aéreo puede ocasionar. Así, la internalización de este costo social significa para una compañía aérea —entre otros— la adquisición de motores menos contaminantes, el constante mantenimiento de sus aeronaves y el pago de las primas de seguro y de eventuales indemnizaciones.

A la sociedad le interesa un sistema de responsabilidad justo y eficiente, no en el sentido que evite la producción del daño en el futuro, sino entendido como aquel que genera los menores costos a la sociedad y al causante del daño. Pero, ¿cuál de los sistemas estudiados sería el más justo y eficiente? Creemos que tanto el sistema objetivo de responsabilidad civil, como el subjetivo, ofrecen, en un contexto socio-económico determinado, ventajas y desventajas, vale decir, costos y beneficios que los hacen convenientes en mayor o en menor medida.

Un sistema objetivo de responsabilidad —para un determinado contexto económico— podría considerarse justo, pero poco eficiente, toda vez que si bien garantiza el resarcimiento del daño que la producción de bienes o la prestación de servicios puede ocasionar, podría desalentar actividades económicas útiles a la sociedad.

Por el contrario, un sistema subjetivo de responsabilidad podría calificarse como eficiente, pero menos equitativo por los costos sociales no asumidos por las empresas.[470]

Sin embargo, podemos afirmar que la culpa mantiene su lugar como regla general en materia de responsabilidad, pues si bien la responsabilidad objetiva pretende imponerse, en razón de particulares exigencias de tutela que justifican el resarcimiento del daño, con independencia de la culpa del dañante, si no concurren esas particulares exigencias, la vida en sociedad reclama siempre un criterio general

[470] A mayor abundamiento, puede consultarse Osterling Parodi, Felipe. «Responsabilidad Civil: Costo comercial y costo social». En *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, pp. 55-60.

destinado a señalar el límite divisorio entre lo lícito y lo ilícito, y tal criterio es proporcionado por el principio de la culpa.

Más allá de las teorías doctrinales y de las fórmulas legislativas, la realidad del Derecho se funda en la regla observada por el cuerpo social. Las orientaciones jurisprudenciales aceptan la verificación de este hecho, el cual es recogido por la realidad del Derecho *(ex facto oritur ius).*

En suma, el principio de la culpa no está en el ocaso, sigue vigente. La culpa continúa siendo el principio general de la responsabilidad civil, por cuanto es el principio idóneo para imponer como criterio fundamental de orden en la vida de relación. Cada uno tiene el derecho de desarrollar su propia actividad y de realizar su personalidad, pero también los demás tienen derecho a que sus bienes y su propia persona sean respetados: el equilibrio entre estos dos derechos —libertad y respeto al prójimo— está en el deber de aplicar el esfuerzo normalmente adecuado para la salvaguarda de los demás.

17. La responsabilidad civil derivada del abuso del derecho

La teoría del abuso del derecho, aun cuando la doctrina no suele admitirlo, empezó a perfilarse en Roma, donde ya se apreciaban ciertas máximas conteniendo rudimentos de los criterios que hoy existen. Así, por ejemplo, podemos citar las siguientes: «*Neminem laedit qui suo jure utitur*» (quien usa de su derecho, a nadie lesiona), «*Nullus videtur dolo facere, qui suo juri utitur*» (no parece obrar con dolo quien usa de su derecho) y «*Juris excecutio non habet injuriam*» (el ejercicio de un derecho no implica injuria).

Como tal, la teoría del abuso del derecho se consolidó durante el siglo XIX, con el propósito y la necesidad de controlar los excesos en el ejercicio de los derechos de libertad y propiedad. La doctrina informa que fueron de vital importancia en el moderno desarrollo de esta teoría, los tribunales de Colmar (1855) y de Lyon (1856), de

donde se proyectan la rica doctrina y la vasta jurisprudencia francesas, que años más tarde se reflejaría en las opiniones de Saleilles y Josserand, entre otros profesores.

Se sabe que el Nuevo Régimen francés, establecido por las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX, suplantó las concepciones de las libertades públicas y los derechos humanos que en nada se encontraban garantizados con el Antiguo Régimen. La Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano —inspirada en *El Contrato Social* de Rousseau—, consagró cuatro presupuestos fundamentales:

(a) La permanencia de la sociedad;

(b) La existencia y protección de la libertad;

(c) La existencia de la ley como expresión de la voluntad general que puede establecer recortes y limitaciones al ejercicio de dicha libertad; y,

(d) La imposición obligatoria de dicha ley a los sujetos.

Los preceptos de la revolución liberal exaltaron la libertad, pero —a decir de la doctrina—, esas nuevas decisiones originaron un resquebrajamiento del sistema jurídico: «la libertad era la norma general y su excepción, las limitaciones expresamente fijadas por la ley. Cualquier persona vinculada al quehacer jurídico puede fácilmente percatarse de que, así establecidas las cosas, puede ocurrir que la libertad sea ejercida en el borde, siendo dañosa socialmente, pero no ha llegado a ser ilegal por cuanto no existe norma de excepción expresa desde que el legislador no puede prever normativamente todos los posibles excesos».[471]

---

[471] Rubio Correa, Marcial. *Título Preliminar.* Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986, p. 39.

Con ello se dio origen a la teoría del abuso del derecho propiamente dicha, como aquella institución jurídica que en primer término reconociese extensivamente la libertad humana y que, a su vez, permitiera a los jueces «calificar de no lícitas las conductas que, al no estar expresamente impedidas, no son ilícitas pero tampoco se conforman a la adecuada marcha de la sociedad».[472]

Veamos cuál es la elaboración técnica de dicha concepción.

Un solo y mismo acto no puede ser, a la vez, conforme a derecho y contrario a derecho; no puede existir uso abusivo de un derecho cualquiera, pues el derecho cesa donde el abuso comienza; de ahí la íntima correlación entre derecho objetivo (normatividad) y derecho subjetivo —facultad de obrar según las normas—: la norma que permite obrar implica la facultad de obrar según la norma, y la facultad de obrar presupone una norma que señale límites y la garantice. Ese es un axioma irrebatible en Derecho.

En ese sentido, si uno ejecuta o se abstiene de ejecutar un hecho jurídico, positivamente protegido, y con él lesiona un legítimo interés, desprovisto de correlativa o concreta defensa, está configurando un abuso del derecho. Este implica, pues, el ejercicio de un derecho más en perjuicio ajeno que en beneficio propio.

De ahí que cierto sector doctrinario ha expresado que si bien «abuso del derecho» es la denominación más corriente, lo correcto es referirse al ejercicio, actuación u omisión abusiva del derecho subjetivo.

A decir de Marcial Rubio Correa,[473] el abuso del derecho consistiría en un acto en principio lícito, pero que por una laguna específica

[472] *Ibidem*, pp. 39 y 40.
[473] *Ibidem*, p. 40.

del Derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social.

Se parte, pues, de la presencia de un acto lícito, permitido por la ley, pero que en determinada situación, su ejercicio se transforma en irregular, anormal o contrario al interés social. El derecho subjetivo se aleja de la licitud para formar parte de la ilicitud, dado que ha violado un deber genérico impuesto por el ordenamiento jurídico al titular de ese derecho.

En realidad, el abuso del derecho implica un acto ilícito especial, de caracteres particulares, diferente a otros actos ilícitos, toda vez que surge —como dijéramos— a consecuencia de una conducta lícita, pero que agravia un interés que no tiene una específica protección normativa. Con él no se lesiona el derecho subjetivo de otro, sino un interés no protegido por norma jurídica expresa.

Luis Niel Puig[474] destaca los siguientes elementos del ejercicio abusivo de derechos:

(1) Ejercicio u omisión de un determinado y preciso derecho subjetivo, objetivamente legal.

(2) Conflicto con un interés ajeno no tutelado por norma jurídica específica; interés no incorporado al ordenamiento positivo como típico derecho subjetivo.

(3) Ejercicio irregular del derecho por su uso antisocial, inmoral, que entra en conflicto con las normas generales de convivencia social (buena fe, buenas costumbres), repugnando la conciencia colectiva. La antisocialidad en el ejercicio del derecho puede manifestarse en forma subjetiva, por la intención de lesio-

[474] Niel Puig, Luis. «Abuso del Derecho». En *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Op. cit.*, p. 1079.

nar un interés ajeno o por la carencia de un fin serio y legítimo, u objetiva, por el desvío del derecho de su función socioeconómica, contraria a la finalidad para la cual fue formalmente incorporado al ordenamiento positivo. Cabe aclarar que la intencionalidad no es un elemento que caracteriza el abuso.

(4) Daño a un interés ajeno, actual o inminente, que se pretende evitar. El daño es el presupuesto del efecto indemnizatorio.

17.1. Diferencias existentes entre el abuso del derecho y otras figuras jurídicas

Ahora bien, resulta oportuno diferenciar el concepto del abuso del derecho de otras nociones que pudieran confundirse con él en el campo de la responsabilidad civil:

17.1.1 Con el cuasidelito

Según la doctrina, en el cuasidelito existe ilicitud objetiva, lo que no sucede en el abuso del derecho. Asimismo, en el primero no puede existir el dolo, en el segundo sí.

En el abuso del derecho, como su nombre lo dice, se ejercita un derecho; en el cuasidelito se obra sin derecho y se ataca al protegido por una norma, por lo cual no hay abuso, pues mal se podría abusar de un derecho que no existe. En cambio, en el abuso se ejercita un derecho dentro del orden objetivo, pero se actúa inadecuadamente causando un daño y atacándose no un derecho sino un mero interés.

17.1.2. Con el riesgo

A decir de Francisco Restrepo Gutiérrez,[475] el riesgo es algo así como inherente al derecho mismo y la responsabilidad surge a consecuencia

[475] Restrepo Gutiérrez, Francisco. «El abuso del derecho como fuente de responsabilidad». En *Estudios de Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Año 23, Medellín, marzo de 1962, Segunda Época, p. 29.

del peligro que reporta el derecho en sí mismo considerado. El abuso no es inherente al derecho, es ajeno a él, el derecho no lo conlleva de suyo. El riesgo es susceptible de una reglamentación legal detallada y minuciosa; en el abuso ello sería imposible puesto que al legislador escaparía una reglamentación en tal sentido: jamás sería dable consagrar en textos positivos todos los posibles casos que podrían presentarse de abuso del derecho. La intención en el riesgo no juega papel alguno; en el abuso, para algunos, el elemento intencional es la piedra angular, condición determinante y primordial.

En el riesgo, como el derecho se ha ejercitado de acuerdo con su fin, no podrá pretenderse la no repetición del acto, y habrá una indemnización pecuniaria mas no en especie; por el contrario, el acto abusivo no debe repetirse. El acto creador del riesgo, finaliza el citado autor, es irreprochable en sí mismo, pero destructor por la anormalidad del perjuicio que puede causar; en este caso la responsabilidad surge del riesgo particular del derecho y el titular debe responder entonces por los daños.

17.1.3. Con el acto lícito

El acto lícito implica que el derecho actuado está dentro de la órbita total del ordenamiento jurídico, sin violar la ley y de acuerdo con la finalidad de la prerrogativa.

17.1.4. Con los actos de emulación

Los actos de emulación suponen, en principio, una pasión o impulso que lleva a imitar la actuación ajena, tratando de superar sus procederes. Así, el móvil puede provenir —muchas veces— de una noble

competencia, pero en otras ocasiones, puede estar encaminado a humillar al prójimo. Asimismo, se puede correr el riesgo de perder el equilibrio, la serenidad, y de que no se tenga bastante prudencia cuando se gana o cuando se pierde.

La emulación «negativa» es la que se verifica de la manera que más perjudicialmente pueda resultar para un tercero. Es decir, en el afán de imitar o igualar los méritos ajenos, se rivaliza a tal extremo de causar daño al prójimo. Se diferencia del abuso del derecho por cuanto supone intención maligna, cosa que puede no ocurrir en el acto abusivo.

Por otra parte, con los actos de emulación es factible lesionar un derecho ajeno; en el abuso se lesiona un interés.

Para Francisco Restrepo Gutiérrez,[476] muchos actos de emulación pueden encuadrar en la teoría del abuso si reúnen las condiciones necesarias para que aparezca el acto abusivo; el criterio técnico para precisar el elemento determinante del abuso adopta un fundamento similar al que tienen los actos de emulación.

17.1.5. Con la colisión de derechos

Hay colisión de derechos cuando estos concurren de manera tal que el ejercicio de uno de ellos hace imposible o perjudica el del otro. En la colisión de derechos, un derecho se enfrenta a otro.

En el abuso del derecho no se enfrentan dos derechos, sino que un derecho lesiona un interés que aún no se ha erigido como derecho.

Al respecto, la doctrina expresa que el conflicto de derechos es, técnica y jurídicamente hablando, inconcebible. El derecho entraña la

[476] Restrepo Gutiérrez, Francisco. *Op. cit.*, p. 30.

idea de orden, noción excluyente a la de conflicto. En la práctica, sin embargo, esto sí ocurre, debido más que todo a las imperfecciones legislativas. Si los derechos son de igual valor, deben marchar paralelos; si no, habrá subordinación.

17.1.6. Con el conflicto de intereses

El conflicto de intereses supone una oposición profunda por cuestiones de dinero, bienes o negocios; así, por ejemplo, la competencia en lo mercantil, las huelgas por salarios en lo laboral, entre otros, implican pugna de intereses.

En el caso del abuso del derecho, lo que se lesiona es un interés, debido a la actuación de un derecho. Es decir, el choque o conflicto se presenta entre un derecho y un interés que merece protección a pesar de no ser aún un derecho perfecto y definido.

17.1.7. Con el fraude al acto jurídico

El acto fraudulento es el concertado por el deudor de un crédito existente, en perjuicio de los derechos de su acreedor. Supone la celebración de un negocio entre el deudor y una tercera persona, que implica la disminución del patrimonio de aquel en menoscabo de las posibilidades de cobro que tiene el acreedor. Así, el fraude a la ley implica una violación del derecho objetivo.

En el abuso del derecho se actúa dentro de los límites legales; solo que con el derecho ejercitado se está violando la esfera subjetiva.

Delineados los caracteres distintivos y diferenciales del abuso del derecho, conviene, además, determinar cuáles resultan ser los criterios y fundamentos doctrinales y legislativos de la responsabilidad civil emanados de dicha figura.

Si bien existen respetables opiniones que discuten la existencia y «validez» del abuso del derecho como una institución clara y autóno-

ma del Derecho,[477] nosotros compartimos aquella posición que considera dicha figura como válida en sí misma y ubicada como un intervalo entre las conductas lícitas e ilícitas.

17.2. Criterios que fundamentan la responsabilidad por abuso del derecho

Al respecto, se han propuesto numerosos sistemas que pretenden fundamentar los criterios de la responsabilidad por abuso del derecho. He aquí los principales:

(a) Según un primer sistema, consagrado por las leyes francesas desde 1927, solo puede haber responsabilidad por abuso de derecho, si se ha ejercitado un derecho únicamente con la intención de perjudicar a un tercero.

Sobre el particular, Marty[478] sostiene que es muy estrecho el criterio de la intención de dañar. Muy raro será —dice el citado profesor— que el autor de un acto abusivo sea lo suficientemente torpe, para dejar que se advierta su exclusivo fin de perjudicar a tercero. Por lo demás, agrega, de hecho es poco usual que esa intención de perjudicar se encuentre en estado puro.

(b) Para un segundo sistema, hay abuso de derecho cuando se ejercita contrariamente a su destino social. La concepción de este sistema se centra en lo siguiente: todos los derechos (subjetivos) tienen una función social, y si los titulares de dichos derechos los utilizan contrariamente a sus fines, es decir, si se desvían de su objeto (conforme a Derecho), cometen un abuso del derecho.

[477] Se dice que al existir la responsabilidad extracontractual, ya no queda lugar para algo tan indefinido e indeciso como el abuso del derecho.

[478] Marty, G. *Op. cit.*, vol. I, p. 316.

Este criterio era consagrado por el Código Civil Soviético, el mismo que en su artículo 1 prescribía lo siguiente: «Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en la medida en que son ejercitados en un sentido contrario a su destino económico y social [...]».

Sin embargo, cierto sector de la doctrina francesa se muestra adverso a él, pues lo considera ciertamente inexacto en atención al espíritu de la legislación francesa. Se dice que el criterio del uso contrario al destino social sería uno inquisitorial del abuso del derecho; los derechos serían disminuidos, y hasta destruidos, si se permitiera a los jueces apreciar en cada caso si se han ejercido conforme a su fin social. «Los derechos no son funciones, sino facultades que se dan al individuo, como dependencias y atributos de su personalidad», reseñó un comentarista francés.

(c) Para otros, la teoría del abuso del derecho es una simple aplicación de la teoría de la culpa.

Se destaca que el abuso del derecho puede resultar no solamente del uso malicioso, sino de un uso anormal del derecho, dándose una amplitud a la noción de culpa:

- Hay abuso del derecho cuando este se ejercita con la intención de dañar o perjudicar a un tercero (culpa intencional, delictuosa *stricto sensu*).
- Si el titular del derecho lo usa como no lo hubiera hecho un hombre normalmente prudente y diligente, comete una culpa cuasidelictuosa en el ejercicio del derecho y esa culpa compromete su responsabilidad.

En lo que respecta a la legislación peruana, el criterio adoptado se aprecia, principalmente, en los efectos de la constatación

del acto abusivo, el mismo que se encuentra establecido en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil:

Artículo II.- «La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso».

Cuando el Código se refiere al «ejercicio y la omisión abusivos de un derecho», está reconociendo que el abuso del derecho puede implicar tanto la ejecución como la abstención de un hecho jurídico positivamente protegido, y que con él se lesiona un legítimo interés desprovisto de defensa.

Luego se expresa que dichos ejercicios u omisiones abusivos de un derecho no son amparados por la ley, lo que equivale a decir que no encuentran apoyo en el sistema jurídico en general. Así, el artículo II del Título Preliminar resulta ser una norma que trasciende el campo civil para regular todo el Derecho objetivo.

La segunda parte del precepto citado muestra una escala de consecuencias del acto abusivo, dependiendo de si este solo constituye una amenaza de perjuicio, si el perjuicio ya fue causado, o si viene produciéndose y debe cesar, por lo que correspondería —dependiendo del caso—, solicitar las medidas necesarias para evitar una situación potencial de abuso o demandar indemnización por daños y perjuicios, o requerir que se suprima «provisionalmente el abuso».

Por otro lado, y a modo ilustrativo, citamos a pie de página los diferentes artículos del Código Civil Peruano que hacen mención al abuso del derecho.[479]

[479] Artículo 292.- «La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal Civil. Cualquiera de ellos, sin embargo, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial.
Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges.
Si cualquiera de los cónyuges *abusa de los derechos* a que se refiere este artículo, el Juez de Paz Letrado puede limitárselos en todo o parte. La pretensión se tramita como proceso abreviado».
Artículo 329.- «Además de los casos a que se refieren los artículos 295 y 296, el régimen de separación es establecido por el juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro *abusa de las facultades* que le corresponden o actúa con dolo o culpa.
Interpuesta la demanda, puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las providencias concernientes a la seguridad de los intereses de aquél. Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros. La separación surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda».
Artículo 924.- «Aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o *abusa en el ejercicio de su derecho*, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados».
Artículo 1021.- «El usufructo se extingue por:
1. Cumplimiento de los plazos máximos que prevé el artículo 1001 o del establecido en el acto constitutivo.
2. Prescripción resultante del no uso del derecho durante cinco años.
3. Consolidación.
4. Muerte o renuncia del usufructuario.
5. Destrucción o pérdida total del bien.
6. *Abuso que el usufructuario haga de su derecho*, enajenando o deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias. En este caso el juez declara la extinción».
Artículo 2060.- «La elección de un tribunal extranjero o la prórroga de jurisdicción en su favor para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial, serán reconocidas, siempre que no versen sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva, ni constituyan *abuso de derecho*, ni sean contrarias al orden público del Perú».

En suma, la teoría del abuso del derecho es de tal importancia que se presenta como fuente de responsabilidad civil, al constituir un daño causado a un interés como consecuencia del ejer-

cicio de un derecho, de acuerdo con la legalidad objetiva, pero en desarmonía con su espíritu o finalidad, lo que amerita una reparación. Los principios que lo inspiran están de acuerdo con el fin mismo del Derecho, que no es otro que el imperio de la justicia, pues no es posible consentir el abuso del derecho favorable a una persona y en detrimento de la colectividad.

18. Supuestos en los cuales se produce la fractura de la relación causal

Se ha establecido que uno de los factores de atribución de responsabilidad civil es la causalidad que debe existir entre el hecho o la omisión dolosa o culposa y los daños y perjuicios originados; entre ellos debe apreciarse una conexión de causa y efecto.

Sin embargo, existen situaciones en las cuales resulta erróneo asignar responsabilidad por daños que se originen no solo por factores extraños, sino también que se presenten perjuicios que precisamente no derivan de los hechos u omisiones (directas) dolosas o culposas del «agente». Se produce una irrupción que interrumpe el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño. Esas circunstancias son las que originan la fractura de la relación causal.

El hecho de la irrupción en el nexo causal puede no solo exonerar la responsabilidad, sino también justificarla y excluirla.

De ahí que resultan temas vinculantes a la fractura de la relación causal, los relativos a las causales exonerativas, causales de justificación y causales de exclusión de la responsabilidad.

Las causales exonerativas de responsabilidad escinden o dividen la conducta del agente y el daño, de tal forma que impiden el nexo causal entre ambos. Se mencionan como causales exonerativas de responsabilidad al caso fortuito y a la fuerza mayor; el hecho de la víctima y el hecho de un tercero; el incumplimiento del deudor o agente,

a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias; la imposibilidad de la ejecución de la prestación sin culpa de las partes; y, el incumplimiento derivado de lesión o por excesiva onerosidad de la prestación; las mismas que, generalmente, se denominan como «factores extraños» de responsabilidad.

Por su parte, las causales de justificación exceptúan o descartan la antijuridicidad de la acción dañosa. Ello responde a que el hecho está justificado y el agente lo realiza con plena conciencia, pero su conducta se encuentra aprobada o autorizada por el derecho. Se ubica entre ellas a la legítima defensa, el estado de necesidad y la justificación por orden de autoridad o en cumplimiento de la ley.

Finalmente, las causales de exclusión de responsabilidad (o de culpabilidad), obedecen —dice la doctrina— a factores como la voluntad y la inteligencia del sujeto ofensor y, por tanto, el sujeto que ha participado en el desarrollo del hecho, lo hizo con una causa adecuada, pero su comprensión o voluntad eran insuficientes y por ende no le es atribuible el hecho a título de culpa. Es el caso de los inimputables.

Cada uno de estos elementos determinantes de la «ruptura» o «atenuación» de la responsabilidad, son estudiados a continuación.

18.1. Incumplimiento del deudor a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias

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

El tema del incumplimiento, a pesar de haber obrado con total diligencia, según las circunstancias, está regulado por el numeral 1314 del Código Civil Peruano, el mismo que constituye la puerta de entrada al Título de Inejecución de Obligaciones. En efecto, dicha

norma prevé que la inejecución comprende tanto el incumplimiento, como el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.[480]

[480] **- Fuentes nacionales del artículo 1314**

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; en el Código Civil de 1936; ni en la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.

Su primer antecedente nacional lo encontramos en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, a través de su artículo 169: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso»; seguido por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1332: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso»; y, finalmente, por el artículo 1281 del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

- Fuentes y concordancias extranjeras.

Con relación a las obligaciones de dar, el Código Argentino (artículo 576) señala que el deudor de la obligación es responsable, frente al acreedor, de los perjuicios e intereses, por falta de las diligencias necesarias para la entrega de la cosa, en el lugar y tiempo estipulado, o en el lugar y tiempo que el juez designare, cuando no hubiese estipulación expresa.

Concuerdan con el artículo 1314 del Código Civil Peruano, el Código Civil Chileno (artículo 1672, segundo párrafo), el Ecuatoriano (artículo 1715, segundo párrafo), el Helénico (artículo 333) y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 97), que establece la obligación de aportar los cuidados propios de un padre de familia.

Por otra parte, el Código Civil de la República de China de 1930 contiene normas distintas a las preceptuadas por nuestro Código. Es así que al regular la inejecución de las obligaciones, dispone en su artículo 233 que aquel que pone igual cuidado al que aportaría a sus propias gestiones responde solo de su culpa leve.

Resulta de interés lo establecido por el Código Etíope (artículo 1797), cuando expresa que el deudor debe avisar inmediatamente a su contratante la causa que le impide

El dispositivo bajo comentario establece la pauta de inimputabilidad, dada por el concepto de la culpa. Si bien el texto no menciona expresamente el término «culpa», se infiere nítidamente que su presencia es requerida para atribuir imputabilidad, al disponer que no es

ejecutar su obligación; de lo contrario, responderá como si la inejecución le hubiese sido imputable por los perjuicios que sufre su contratante, toda vez que pudieron haberse evitado de haber avisado.

De otro lado, el Código Alemán prevé (artículo 275) que el deudor queda libre de la obligación a la prestación, siempre que esta se haga imposible a consecuencia de alguna circunstancia de la que no ha de responder (esto es, de una circunstancia que no es imputable al deudor), ocurrida después del nacimiento de la relación obligatoria; equipara, además, la imposibilidad objetiva sobrevenida después del nacimiento de la relación obligatoria, con la imposibilidad subjetiva del deudor para la prestación sobrevenida con posterioridad.

- Jurisprudencia peruana del artículo 1314

Este tema registra las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- «No habiendo podido cumplirse un contrato por una mala inteligencia sobre su contenido, sin que medie dolo, culpa o morosidad del obligado, sólo procede su rescisión y no el pago de daños y perjuicios por su inejecución.

Las multas impuestas a un tercero no son de responsabilidad de los contratantes». Ejecutoria del 7 de enero de 1957. Revista de Jurisprudencia Peruana, n.° 159, 1957, p. 480 (Artículo 1319 del Código Civil de 1936).

II.- «Si el propietario no acredita que el incendio del inmueble se ha debido a negligencia o culpa del inquilino o sus dependientes, no tiene derecho a ser indemnizado». Ejecutoria del 21 de agosto de 1967. Revista de Jurisprudencia Peruana, n.° 285, 1967, p. 1185 (Artículo 1136 del Código Civil de 1936 y 1315 del Código Civil de 1984).

III.- «Las relaciones comerciales constantes entre un fabricante y un distribuidor no importan, necesariamente, la existencia de un contrato de distribución.

No existiendo incumplimiento de obligaciones no existe responsabilidad conforme a los artículos 1320 y 1321 del Código Civil». Ejecutoria del 13 de junio de 1973. Normas Legales, n.° 68, 1973, p. 417. (Artículos 1320 y 1321 del Código Civil de 1936 y 1328 del Código Civil de 1984).

IV.- «Si en el contrato de venta se estipuló que el saldo del precio sería pagado al firmarse la escritura pública, no procede demandar la rescisión del contrato, porque dicha estipulación importa un plazo». Revista de Jurisprudencia Peruana, 1978, p. 539 (Artículo 1322 del Código Civil de 1936).

imputable por las consecuencias del incumplimiento quien actúa con la diligencia ordinaria requerida.

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

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

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

Uno de los coautores de este Tratado, en la Exposición de Motivos[481] del numeral antes referido, señala lo siguiente:

> «El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.
>
> En caso de ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación».

[481] Osterling Parodi, Felipe. *Las obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. VI, pp. 198 y 199.

18.1.1. Concepto de incumplimiento

Como sabemos, la obligación civil es el vínculo jurídico entre acreedor y deudor, en virtud del cual el acreedor está facultado para exigir al deudor el cumplimiento de una prestación, la misma que tiene carácter patrimonial.

Vemos que además de los sujetos y el objeto que la integran, el elemento central es el vínculo jurídico, el mismo que da fuerza y respaldo al acreedor para conseguir la satisfacción de su crédito. Este concepto es muy importante ya que distingue a las obligaciones civiles de las obligaciones naturales (en las que el acreedor carece de la posibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación a él debida), de las obligaciones morales (ayudar al prójimo), de los deberes de solidaridad (compartir con los demás), de los deberes generales (cantar el himno nacional, quitarse el sombrero en una iglesia), etc.

La posibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación o un pago de carácter indemnizatorio constituye el eje de las obligaciones, ya que regula las atribuciones que el Estado otorga, a través del sistema jurídico, a quien en sus relaciones privadas es víctima de un incumplimiento. La seguridad jurídica de los entes en sus relaciones sociales y económicas se otorga por el sistema jurídico en esta área de

las obligaciones. De lo contrario, no quedaría otra alternativa que procurarse justicia por mano propia, y esto no solo es impensable en un sistema organizado, sino que sería totalmente ajeno a la tutela jurídica del Derecho contemporáneo, salvo (en sede civil) contadas excepciones, como es el caso de la defensa posesoria.

Las comunidades se agrupan y forman su «pacto social», organizando a sus individuos en aras de conseguir dos objetivos fundamentales: la justicia y la seguridad jurídica. Más aun, el segundo de estos objetivos constituye realmente la principal razón de ser del sentido que tiene organizarse jurídicamente, sometiéndose a normas comunes. Cada individuo cede un espacio de su libertad y autonomía en aras de obtener esa seguridad jurídica que le va a proteger de los abusos (léase incumplimientos) de los demás.

La seguridad jurídica favorece los intercambios, las relaciones sociales, políticas y económicas de todo tipo, y gracias a ella es que las sociedades —las naciones— prosperan, ya que concede un nivel de predictibilidad que solo puede dar la existencia de normas imperativas que otorguen alternativas amparadas por toda una maquinaria que funciona en forma paralela a los acuerdos privados.

Asimismo, estas normas también amparan —en ciertos casos— a quienes se ven imposibilitados, a pesar de todos sus esfuerzos y buena fe, a cumplir con la prestación a su cargo, colocándolos a salvo de las posibles acciones y represalias de su acreedor.

En fin, la razón de ser del Derecho de Obligaciones radica en la forma cómo afrontar el eventual incumplimiento de las mismas.

Wayar[482] estima que puede intentar definir el incumplimiento. Para dar una noción objetiva, elemental y primaria, se podría decir

[482] Wayar, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, tomo I, p. 494.

que «toda disconformidad entre la conducta obrada y la conducta debida» implica, sin más, incumplimiento. Concebido en términos tan generales, involucra tanto los ilícitos *stricto sensu* como la infracción al derecho de crédito.[483] Con ese alcance, se podría llegar a decir, en sentido amplio, que incumple tanto quien atropella con su automóvil a un peatón como aquel que falta a la palabra empeñada, o el tutor que infringe sus deberes para con el pupilo. Pero de incumplimiento —en estricto— solo cabe hablar cuando preexiste una obligación, lo que contribuye a delimitar el concepto.

Boffi Boggero[484] expresa que las obligaciones han de cumplirse a través de muy distintas manifestaciones. Ese cumplimiento se llama pago. Sin embargo, en ocasiones el cumplimiento de la obligación —que justamente es el entregar la prestación debida— se hace imposible, pues está más allá de las fuerzas del o de los agentes a quienes incumbe legalmente hacerlo. Y esa imposibilidad conduce al incumplimiento.

Wayar[485] propone tomar ese límite como punto de partida: estableciendo un nexo obligatorio, pesa sobre el deudor jurídico el observar un comportamiento determinado; es decir, está obligado a realizar una conducta que satisfaga el interés del acreedor. Si esto no sucede porque el sujeto pasivo obra de manera distinta a la debida, habrá incumplido. Luego Wayar se pregunta si para que se configure este «incumplimiento» es necesario que haya un factor de atribución que permita endilgarle responsabilidad a quien no cumplió.

[483] Recordemos que Wayar es de la posición de unificar ambas categorías de responsabilidad (la proveniente de inejecución de obligaciones y la generada por actos ilícitos —denominada también responsabilidad extracontractual—).

[484] Boffi Boggero, Luis María. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986, tomo IV, p. 561.

[485] Wayar, Ernesto Clemente. *Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 494-497.

Según Wayar, establecer si hay o no un factor de atribución resulta vital para determinar las consecuencias sancionatorias del orden jurídico, pero es indiferente para delimitar el concepto objetivo de incumplimiento. Con tal propósito recurre al siguiente razonamiento: una persona puede apartarse de la conducta que era obligatoria para ella por las más diversas causas, que es dable resumir en una fórmula simple y acomodada a este razonamiento: no cumple porque no quiere o porque no puede; en el primer caso, el incumplimiento es imputable y será responsable; en el segundo, el incumplimiento no imputable es el elemento clave, sin el cual no habrá ni ejecución forzada ni responsabilidad; pero el hecho de que ninguna de estas consecuencias se produzca no significa que la conducta del sujeto no haya configurado un incumplimiento. Se tratará, en todo caso, de incumplimiento sin responsabilidad, pero siempre será un incumplimiento.

Compartimos el criterio de Wayar, por cuanto nos resulta también claro que independientemente de la existencia de responsabilidad (o imputabilidad), el incumplimiento, o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, es objetivo: se satisfizo la prestación debida o no se satisfizo. A eso, pues, apunta, y nada tiene que ver con criterio alguno de atribución de responsabilidad. Puede, evidentemente, darse un incumplimiento sin responsabilidad (ni objetiva ni subjetiva). La misma deducción es susceptible de ser inferida del texto de nuestro dispositivo. La responsabilidad objetiva, en la que resulta indiferente la existencia de culpa, en nuestro sistema se aplica a ciertos supuestos de responsabilidad extracontractual (o proveniente de acto ilícito)[486] y no en los casos de inejecución de las obligaciones.

[486] En nuestro sistema, la responsabilidad extracontractual (o proveniente de acto ilícito), si bien pretende tener un cariz objetivo, sigue manteniendo su línea subjetiva, ya que el principio del que parte es el de la culpa o dolo (así, el artículo 1969 establece que «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo») como factor de atribución. Sin embargo, hay casos en los que la responsabilidad es objetiva, como cuando se ha causado un daño a otro mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa (artículo 1970). Esta es la llamada responsabilidad objetiva, puesto que solo se debe probar el nexo causal y la existencia del daño. La culpa o dolo no tienen participación en la determinación de la responsabilidad. El caso típico, a modo de ejemplo, es el de los accidentes de tránsito (el automóvil es —dentro de las sociedades modernas— el bien riesgoso por antonomasia).
No obstante lo señalado, una somera revisión de las normas correspondientes a la responsabilidad extracontractual conduce a percatarnos de que la responsabilidad «objetiva» en realidad no funciona como tal, ya que si por un lado existe la norma a la que acabamos de hacer referencia, también hay otro artículo (el 1972) que le resta objetividad, impregnándolo de subjetividad (culpa o dolo): «En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño». Es decir, si no hubo caso fortuito o fuerza mayor, ni el hecho determinante de un tercero, ni concurrió imprudencia alguna de quien sufrió el daño, no habrían muchas posibilidades de que ocurriese el accidente, salvo que el agente hubiese sido, al menos, negligente. Asimismo, otro numeral (artículo 1973) señala que si la imprudencia de la víctima solo hubiese concurrido en la producción del daño, entonces la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias. Aquí también hay una graduación de la responsabilidad, de tipo subjetivo.

Por estos argumentos también coincidimos con Wayar cuando destaca la importancia de aclarar que no se debe confundir el incumplimiento —como concepto objetivo— con la responsabilidad objetiva. El primero, como se ha indicado, apunta a señalar que toda conducta disconforme con la debida constituye incumplimiento, aunque no haya razón alguna para responsabilizar al sujeto. Objetivamente incumplió, pudiendo o no ser imputable. En cambio, la responsabilidad objetiva, como sabemos, implica que el sujeto será responsable aunque haya obrado sin culpa, por la existencia de un factor objetivo de atribución de responsabilidad.

Otros supuestos de responsabilidad objetiva en nuestro sistema, además de los relativos a bienes y actividades riesgosos o peligrosos,

son los de responsabilidad de los dueños del animal que cause un daño —aunque se podría considerar a los animales como bienes riesgosos o peligrosos—, puesto que el animal en sí es inimputable, así como el caso de responsabilidad del dueño de un edificio derrumbado.[487]

Queda claro que la noción de cumplimiento, como opuesta a la de inejecución, conlleva satisfacer el interés del acreedor por parte del deudor. Esta satisfacción, lograda mediante el cumplimiento total, oportuno y perfecto de la prestación debida, debe ser voluntaria (no incoada). El incumplimiento, por su parte, puede ser parcial, total, tardío o defectuoso. Eso quiere decir que si el cumplimiento es parcial, lo es porque parcialmente también se incumplió —un cumplimiento parcial implica, claro está, un incumplimiento parcial—, y respecto de esa porción que no se cumplió existe inejecución.

En cada tipo de inejecución —parcial, total, tardía, defectuosa— hay consecuencias diversas y, además, en función de las variables del factor de atribución correspondiente, también variarán dichas consecuencias. En algunos casos —si hay culpa o dolo— habrá responsabilidad, y en otros —caso fortuito o fuerza mayor— no la habrá. En ciertos casos se disolverá el vínculo, liberando al deudor; en otros este será imputable y deberá resarcir al acreedor con la indemnización que corresponda; también, según el caso, la prestación deteriorada sin culpa del deudor reducirá el monto de la contraprestación, etc.

[487] Inclusive en estos supuestos tampoco podemos hablar de una responsabilidad objetiva absoluta, ya que siempre existe la salvedad subjetiva que la propia norma contempla: Artículo 1979.- «El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, *a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero*». (El énfasis es nuestro).
Artículo 1980.- «El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, *si ésta ha provenido por falta de conservación o de construcción*». (El énfasis es nuestro).

Barbero[488] enseña que el «incumplimiento», en sentido técnico, no es solamente defecto de una prestación, sino es el defecto de la prestación debida; y hay, precisamente, incumplimiento cuando se debe la prestación y no se la efectúa —esto incluye, ciertamente, al cumplimiento defectuoso, parcial o tardío—. Este defecto, según Barbero, puede ser o no total, puede ser o no definitivo.

Para Wayar[489] se torna necesario ofrecer un concepto objetivo de incumplimiento, comprensivo de todas las hipótesis posibles, para lo cual deben tenerse en cuenta tres aspectos: a) se trata de un accionar contrario al Derecho; b) es violatorio de una obligación preexistente; c) modifica el curso normal de la obligación.

Conforme a lo expuesto, según el citado profesor es dable definir el incumplimiento como «la situación anormal de la relación de obligación, originada en la conducta antijurídica de cualquiera de los sujetos vinculados, que impide u obstaculiza su realización». Tal incumplimiento influye sobre el vínculo obligatorio en dos sentidos: extinguiéndolo, frustrando al acreedor, o prolongándolo, impidiendo la liberación del deudor. A entender del citado profesor argentino, es siempre una conducta contraria al Derecho, con fuerza suficiente para modificar el desenlace normal de la obligación, que nació para ser cumplida pero que puede tener un fin distinto. Según él, concebido de esta manera, se basa en una transgresión del orden jurídico; de allí el calificativo de «antijurídico».

Para Wayar, el incumplimiento se configura con la sola transgresión del plexo normativo, lo que permite considerar que el mero retardo es una especie de incumplimiento, sin que sea necesario repro-

[488] Barbero, Domenico. *Sistema del Derecho Privado.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, tomo III, p. 67.
[489] Wayar, Ernesto Clemente. Obligaciones, *Op. cit.*, tomo I, pp. 495-497.

char al sujeto culpabilidad alguna. La falta de cooperación del acreedor borra la culpa del deudor; el retardo en que incurra debido a esa causa será siempre un ilícito objetivo, es decir, un incumplimiento. Por ultimo, el incumplimiento puede ser provocado por el acreedor, como se desprende de la definición, ya que el incumplimiento es una situación de la relación de obligación que puede presentarse por la inconducta de cualquiera de los sujetos; la más de las veces será el deudor quien incumpla, pero también el acreedor que no coopera provoca esta situación anormal.

Por último, cabe preguntarse cuándo nos encontramos ante un incumplimiento. Evidentemente, no se trata tan solo de que exista una obligación cuya prestación o prestaciones se encuentren pendientes. El plazo para el cumplimiento debe haber vencido, o en caso de una condición esta debe haberse producido; únicamente entonces será exigible la obligación *(obligatio praesens)*. Una vez exigible, si el deudor no ejecuta la obligación, se produce el incumplimiento. Recordemos que en vista de que las prestaciones pueden ser de dar, de hacer o de no hacer, su inejecución vendría a constituir un no dar, un no hacer o un hacer —o un dar, ya que las obligaciones de no hacer también comprenden a las de no dar—, respectivamente.

18.1.2. Incumplimiento imputable

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

Como ya hemos manifestado, la inejecución se aplica a las obligaciones con prestaciones de dar, de hacer o de no hacer.

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

(a) Que se trate de un obrar humano

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

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

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

(c) Que preexista una obligación anterior

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

Albaladejo,[490] al estudiar la hipótesis en que el deudor es responsable o no del no cumplimiento exacto, señala que la regla es que es imputable cuando este ha sido causado por su culpa —habla de culpa en sentido amplio, la misma que abarca la culpa propiamente dicha y el dolo—.

[490] Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, vol. II, p. 165.

Baudry-Lacantinerie[491] enseña que si la pérdida de la cosa es imputable al deudor, el acreedor tiene el derecho de reclamarle la compensación por daños y perjuicios.

La pérdida es imputable al deudor, dice Baudry-Lacantinerie, si la cosa pereció por su culpa, si no aportó en su conservación la diligencia por la que estaba obligado. Si la cosa pereció por culpa del deudor, hay razones para asimilar el caso en el que la cosa pereció por un caso fortuito, en el que su culpa fue la ocasión fortuita: la cosa fue objeto de robo porque el deudor se había descuidado al no ponerla en un lugar seguro. Agrega que la ley también considera como ocasionado por culpa del deudor el caso fortuito que hizo perecer la cosa durante la mora de este y que ella no hubiera perecido si se hubiese entregado al acreedor.

Busso[492] estima que puede ser que el deudor actúe dolosamente, pero también es posible que por error crea que no está obligado o que se ha extinguido la obligación. Aquí la inejecución se manifiesta, pero las consecuencias pueden ser diferentes en uno y otro caso.

En nuestra opinión, en gran parte de los casos el error es producto de culpa leve, es decir, que si el deudor hubiese actuado con la diligencia ordinaria requerida (entendida no solo en cuanto al cumplimiento *per se* de la prestación, sino a los deberes generales de información, constatación, etc.), habría tenido los elementos suficientes para no incurrir en tal error. Más aun cuando se trata de obligaciones cuya fuente es un contrato. La buena fe, en estos casos, es de tipo objetivo y no subjetivo.

[491] Baudry-Lacantinerie, Marie Paul Gabriel De. *Précis de Droit Civil.* París: Librairie de la Societé du Recueil Gal-Des Lois et des arrêts, 1896, tomo II, p. 197.
[492] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, p. 239.

18.1.3. Diligencia ordinaria

Hemos anotado en acápites anteriores, que en el Derecho Romano clásico, la necesidad de la existencia de culpa en materia de responsabilidad contractual no era ignorada, mas tampoco se le atribuyó la importancia y el lugar que se cree. Como señalan los Mazeaud y Tunc, el Derecho Romano clásico se preocupaba únicamente de precisar la extensión de las obligaciones del deudor, de concretar el contenido del contrato, en un esfuerzo por darle la seguridad necesaria a la parte que se encontraba más expuesta debido a su propia ineptitud o debido a la astucia ajena.[493]

En determinados contratos, como los que entrañaban especial peligro en los que una de las partes confiaba a la otra un cuerpo cierto y esta última se comprometía a restituírselo, lo que se aplicaba era pura y simplemente el contrato: era el incumplimiento el que comprometía la responsabilidad del deudor, bastando con comprobar que no cumplió su obligación. Aquí resultaba superflua la apreciación de su conducta —solo lo salvaba el caso fortuito o la fuerza mayor, puesto que el incumplimiento no era obra de él—. Estamos, pues, ante una responsabilidad de tipo objetivo, en cuya determinación no entra a tallar noción alguna de culpa.

En las demás convenciones, la obligación del deudor no estaba determinada en forma tan exacta a los ojos de los jurisconsultos romanos. El deudor no prometía un hecho preciso, un resultado determinado, sino solamente proceder de buena fe. Su obligación consistía en cumplir sin mala fe, sin dolo; asimismo, cumplir sin mala voluntad, sin inacción, es decir, dar pruebas de diligencia.[494]

[493] Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Op. cit.*, tomo I, p. 43.
[494] *Ibidem*, p. 44.

Vemos que en estos contratos, que constituían la generalidad contractual, la regla para el cumplimiento estaba compuesta por dos requisitos: buena fe y diligencia. Entonces, se debía averiguar si el deudor había cumplido de buena fe, y asimismo si había actuado con diligencia, lo cual ya apuntaba a un análisis de la conducta de este.[495]

En el Derecho Romano, la solución jurídica a la inejecución de las obligaciones estaba dada en función a la causa de la inejecución. Había tres posibles causas: el caso fortuito, el dolo y la falta.[496]

El caso fortuito era un acontecimiento al que la voluntad del deudor quedaba completamente extraña, y por tanto no era imputable. La fuerza mayor *(vis major)* se daba cuando el hombre era impotente para resistirla, como los incendios, las inundaciones, los ataques a mano armada, etc.

El dolo existía cuando la inejecución de la obligación provenía de un hecho o de una omisión imputable al deudor, que había tenido intención de dañar al acreedor. El dolo no podía, por otra parte, emanar más que de una persona que comprendía el alcance de sus actos, y no de un loco, de un niño o de un impúber, *proximus infantiae* (Pomponio, L. 60, D., *de rei vind.*, VI, 1). Todo deudor respondía de las consecuencias de su dolo, lo cual constituía un principio de orden público; las partes no podían derogarlo por un convenio en contrario, pero el acreedor podía renunciar a exigir la reparación del dolo, cuando ya había sido cometido.

[495] «Los comentaristas posclásicos de la escuela de Beirut son los que dedujeron de la obligación de diligencia, que no era sino obligación de cumplimiento, la obligación de estar exento de *culpa* [...], lo cual implica un análisis de la conducta del deudor, incluso de buena fe, y lo que conduce a oponer la *culpa* al *dolus*». (Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Op. cit.*, tomo I, p. 44).

[496] Petit, Eugene. *Op. cit.*, pp. 467-469.

Finalmente, la falta (culpa), según Petit, consistía en un hecho o en una omisión imputable al deudor, pero sin que hubiera habido por su parte intención de perjudicar al acreedor. *No era culpable más que de imprudencia, de negligencia o de torpeza.* No podía ser cometida más que por una persona razonable, pero no por un loco, un *infans* o un impúber, *proximus infantiae.*

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

La diligencia ordinaria importa una conducta o comportamiento —pudiendo ser esta actividad negativa— que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor, es decir, el deber del deudor consiste en la ejecución de la prestación debida. El carácter subjetivo de nuestro ordenamiento está marcado, pues, por este requisito de «diligencia ordinaria», ya que de lo contrario, si tan solo importase el resultado —sin considerar conducta, actividad o comportamiento alguno por parte del deudor—, sería irrelevante que el deudor hubiese actuado diligente o negligentemente, puesto que solo se evaluaría dicho resultado, y esta evaluación devendría en objetiva. El cumplimiento o incumplimiento sería todo lo que habría que verificar a efectos de la determinación de responsabilidad.

Más aun, la responsabilidad «objetiva» —donde no interesa la existencia de culpa o dolo— ya ingresa más al campo del riesgo creado, el mismo que calibra la graduación de la responsabilidad, así como la determinación y la imputación de esta.

Para Cabanellas,[497] el término «diligencia» ostenta múltiples y

[497] Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, p. 253.

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

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

Entramos, pues, al terreno de las ambigüedades, terreno que puede ser peligroso a menos que la solución jurídica revista características de tipo objetivo que la sustraigan de la abstracción. Sabemos que las abstracciones tienen de positivo la flexibilidad que permite adecuarse al caso particular, atendiendo a los principios de justicia e igualdad,[498]

[498] La justicia comprende a la igualdad, pero esta última entendida como el tratamiento igual para los iguales y desigual para los desiguales.

pero al mismo tiempo entrañan el riesgo de caer en la incertidumbre, que acarrea inseguridad. Un criterio puramente objetivo puede ser seguro, en tanto es inamovible y difundido, siendo el caso, por ejemplo, de la multa por inobservancia de la señal de tránsito. Es irrelevante determinar si la persona que cruzó con su automovil la avenida estando el semáforo en rojo se encontraba en estado de ebriedad,[499] o simplemente distraída, o en un estado de aprensión absoluta debido a que acudía al hospital porque se acababa de enterar que su hijo había sufrido un grave accidente. En cualquier caso, la multa será siempre la misma, y este constituye un criterio objetivo: nadie va a reducir la multa atendiendo a las circunstancias de cada individuo, ya que de lo contrario habría una gran congestión en las Comisarías, o en los Juzgados de Paz, por la cantidad de reclamantes, y ello requeriría de personal adicional para atender estos hechos y, en cualquier caso, relativizaría las normas de flujo vehicular, generando, a la postre, más perjuicios.

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

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

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

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

«Cuando se habla de la *diligencia* de un *buen padre de familia*, se considera esa actitud, esa tensión del deudor con la mira del resultado prometido, y no los actos por los cuales se manifestará. Porque esos actos varían según las circunstancias, a las cuales deben adaptarse; si el deudor encuentra un obstáculo muy importante, la *diligencia* de un buen padre de familia no será incompatible con una inacción total; es decir, no será jamás la fuerza mayor la que podrá impedir al deudor el desplegar cierta *diligencia*, en el sentido psicológico del término. Más aun, imponerle al porteador que transporte con la *diligencia* de un buen padre de familia, y evitar los robos, salvo fuerza mayor imprevisible e irresistible, sería sencillamente establecer dos regímenes diferentes para esas dos obligaciones, principal la una y accesoria la otra, y no regir según dos principios unos problemas diferentes; una actitud tanto más inadmisible por cuanto, la obligación de evitar los robos se descompone, en sí, en lo imperativo de adoptar cierto número de medidas concretas. Cabe distinguir, en la obligación, su objeto (transportar, vigilar, construir) y su contenido (*diligencia* de un buen padre de familia, por ejemplo); cabe distinguir también la obligación principal (transportar) y algunas obligaciones accesorias (vigilar, entregar); pero resulta imposible distinguir algo en el contenido mismo de la obligación, en la *diligencia* que impone: el contenido de la obligación es una noción simple, indisociable».[500]

[500] Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, p. 254.

Es conocido el apotegma que reza: *Jura vigilantibus, non dormientibus subveniunt*,[501] y es también sabido que él rige nuestro Código Civil. Un ejemplo muy patente se encuentra cuando se premia la diligencia de quien primero inscribió su título de propiedad de un inmueble —en caso de concurrencia de acreedores—, aun por encima de quien primero adquirió la propiedad u otro derecho sobre el mismo. En Derecho de Obligaciones es explícito el deber de obrar con diligencia.

Quien actúa con diligencia es alguien diligente. Según la Real Academia Española, diligente es «Cuidadoso, exacto y activo. Pronto, presto, ligero en el obrar».[502] En tanto para Cabanellas significa «Cuidadoso, activo, solícito, esmerado. Pronto, rápido, ágil, ligero, presto en la ejecución. Por contrapuesto al *negligente*, quien procede con diligencia está relevado en principio de culpa en el discernimiento de la conducta y en lo contractual y extracontractual, siempre que la valoración del proceder sea positiva. [...]».[503]

Hemos anotado al estudiar el tema de la culpa, que el modelo romano del «buen padre de familia» se acercaba a un patrón estándar de conducta que apuntaba más hacia lo objetivo que hacia lo subjetivo. Es objetivo en cuanto a que se debe cumplir requisitos básicos, conocidos y aceptados por todos.

Ahora, es claro para nosotros que si bien este modelo podía funcionar y ser válido por su realista aplicabilidad en Roma, hoy en día es bastante más difícil de emplearlo como patrón de conducta estándar, debido a que en las grandes ciudades, multiculturales, sobrepobladas, coexisten gran diversidad de formas sociales, culturales y económicas,

[501] «Las leyes protegen a los diligentes, no a los descuidados».
[502] *Diccionario de La Real Academia De La Lengua Española. Op. cit.*, tomo I, p. 499.
[503] Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo III, p. 256.

cada una de las cuales con escalas de valores propias y también modelos de conducta propios. Si sumamos a esto la globalización, el problema se complica.

La noción de «buen padre de familia» devino en cierto desgaste por su obsolescencia. Esta noción no conduce a una apreciación justa ta de las obligaciones de un deudor, puesto que la actitud de cuidado que se espera de un deudor no es la misma que la que se espera de un buen padre de familia. Es mejor buscar un modelo más cercano a la realidad de las relaciones obligatorias. El Código Suizo, por ejemplo, alude al buen administrador. Dentro de este orden de ideas, es más lógico referirse al hombre medio normal, quien idealmente toma las precauciones y previsiones necesarias, y se comporta —en general— con la diligencia esperada.

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

Al respecto, resulta de interés la opinión de Planiol y Ripert:

> «Cuando no se demuestra que el autor del daño ha previsto deliberadamente su posibilidad, solamente incurre en culpa si sobre él pesaba la obligación de preverlo y de desarrollar su diligencia para evitar su producción.
>
> Para que exista semejante obligación es necesario primeramente que haya sido posible preverlo, determinándose esa posibilidad en términos generales, en función de las aptitudes que posee el hombre de capacidad media. Se dice que la culpa se aprecia *in abstracto* desde el punto de vista de la previsión y de la diligencia en el actuar. La conducta solamente puede juzgarse si se compara con una regla, que normalmente no debe ser ni demasiado severa ni demasiado fácil; pero, no puede atribuirse a la regla enunciada un alcance absoluto. Sin duda con ello se simplificaría la práctica, tanto para el juzgador como para los sujetos que unos frente a otros en la vida corriente, han de regular su conducta de conformidad con la que pueden esperar de los demás. Pero, la capacidad varía tanto de un individuo a otro que apreciar la conducta de todos los hombres por comparación con un modelo único, 'el hombre medio', produciría frecuentemente decisiones injustas, bien en el sentido de su severidad, bien en el de su indulgencia. Es menester, conjuntamente con la adopción de esa idea general, darle una diversidad de matices».[504]

Como podemos apreciar, estos autores se inclinan mucho más hacia un sentido de justicia, el cual implica entrar en el mundo del subjetivismo, con el inevitable —y ya mencionado— riesgo de caer en ambigüedades, lo cual puede hacer ingresar a la figura dentro de la inseguridad.

Además, para cada ámbito propugnan un tipo adecuado de «hombre medio». Señalan que no puede compararse con el hombre medio a quien posee evidentemente conocimientos o aptitudes superiores al grado medio; y, a la inversa, no puede juzgarse a los incapaces bajo el mismo tamiz del «hombre medio». Más aun, para Planiol y Ripert, además de estas consideraciones, deberán tomarse en cuenta las circunstancias[505] e incluso los usos.[506]

---

[504] Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo VI, p. 716.

[505] *Ibidem*, p. 717.

[506] «En definitiva, la culpa se aprecia, en gran parte, de acuerdo con las circunstancias y la condición respectiva de las partes, así como en materia contractual la responsabilidad es susceptible de variar según la índole y las condiciones particulares de los contratos. Igualmente se aprecia según los usos, determinados a su vez por consideraciones económicas y sociales. Especialmente el deber de prever y de actuar diligentemente podrá atenuarse en consideración a la necesidad de actuar rápidamente, y aun, en términos más amplios, por la necesidad de actuar y de vivir; exigir una excesiva previsión haría imposible toda actividad». (Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo VI, pp. 718 y 719).

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

Vemos entonces que la doctrina ha dedicado gran parte de su preocupación a la situación del deudor que incumple. Se trata de buscar justicia e imparcialidad, y diríamos hasta de cierta piedad hacia él. Se le ha provisto de conceptos difusos, categorías abstractas, atenuantes, numerosas salidas, en fin, a su inejecución total o parcial. Sin embargo, el interés del acreedor rara vez ha sido objeto de preocupación social, a menos que se trate de un caso en que sea víctima del dolo del deudor. De lo contrario, no ha suscitado mayor dedicación. Creemos que esto es consecuencia directa de la errónea concepción de la permanente debilidad del deudor, que a su vez fomentó la regla *favor debitoris*.

Por todo lo expuesto creemos conveniente que si bien los equilibrios y términos medios deben aplicarse, ello debe hacerse dentro de criterios objetivos y sin encontrarse bajo la sombra de reglas que a veces resultan prejuiciosas como el *favor debitoris*, ni modelos demasiado adecuados a la persona y entorno del deudor que incumple. En todo caso debe buscarse la media entre el deudor y el acreedor, a fin de ser más justos para todos.

Según nuestro ordenamiento, la diligencia ordinaria constituye contraparte de la culpa leve.[507]

Ciertamente vemos cómo es que la noción de culpa leve (estudiada también en el acápite referente a los factores de atribución de responsabilidad, a cuyas líneas remitimos al lector), que obedece a una graduación de culpas, representa el criterio subjetivo por excelencia para determinar la responsabilidad. Es el criterio más favorable al deudor, tendencia por la que optó el legislador. La Exposición de Motivos del Código Civil así lo establece:

> «Cuando el deudor, por falta de diligencia ordinaria omite ejecutar la prestación prometida, incurre en culpa. El resultado dañoso no querido por el deudor, obedece a su imprudencia, torpeza, o en general a su falta de diligencia. Debe advertirse, sin embargo, que la regla se refiere a la falta de diligencia ordinaria, que constituye la culpa leve, porque en caso de negligencia grave, estaríamos ante un supuesto de culpa inexcusable.
>
> En la culpa leve, a diferencia del dolo, no hay intención de incumplir, no hay mala fe de parte del deudor. Y, a diferencia de la culpa inexcusable, no hay negligencia grave, sino tan solo la falta de diligencia ordinaria. La negligencia consiste en una acción *(culpa in faciendo)* u omisión *(culpa in non faciendo)* no querida, pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor, o en general a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, trátese de las personas, del tiempo o del lugar.
>
> [...]
>
> Las reglas previstas están plenamente justificadas. En esta materia las situaciones de hecho son siempre distintas y ello ocasiona una singular dificultad para apreciar con una idea abstracta, sea la del 'buen padre de

[507] El artículo 1320 establece que «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

familia' o la del 'comerciante honesto y leal'. Lo que debe apreciarse y juzgarse, en definitiva, es la conducta de determinado evento, y no el proceder de cualquier persona del género humano.

Es prudente por ello, que el concepto de culpa no se atenga a principios rígidos, pero también es necesario que el juez aprecie y decida, en cada caso concreto, si el deudor incurrió en culpa inexcusable, o sea si actuó con negligencia grave, o si procedió con culpa leve, es decir omitiendo tan sólo la diligencia ordinaria debida».[508]

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

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

18.1.4. Inejecución relativa: cumplimiento parcial, tardío o defectuoso

La inejecución relativa (por oposición a la absoluta, que es cuando se incumple íntegramente con la prestación, teniendo este incumplimiento total carácter de definitivo) reviste una complejidad mayor que la que aparenta *a priori.*

Supongamos que Jorge adeuda a María la suma de diez mil nuevos soles, debiendo pagarlos el siete de mayo, y vencido ese plazo le entrega la cantidad de tres mil nuevos soles. ¿Estamos ante un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso? ¿Cuál es el criterio para establecer el tipo y la magnitud de dicho incumplimiento?

[508] Es la *ratio legis* del artículo 1320. Osterling Parodi, Felipe. *Op. cit., Las Obligaciones*, pp. 206 y 207.

Criticando el criterio de la posibilidad o imposibilidad —que por cierto tampoco compartimos—, para determinar si la inejecución es relativa o absoluta, Wayar[509] primero refiere que si luego de la formación de un vínculo obligatorio la prestación se torna de ejecución imposible y tal imposibilidad reviste el carácter de definitiva, se dice que la inejecución es total o absoluta. En cambio, señala, cuando la imposibilidad que sobreviene es solo temporaria, afecta parcialmente la prestación o se origina en otras imperfecciones que alteran la exactitud del objeto, no obstante lo cual es siempre posible el cumplimiento, aun con las fallas indicadas, el incumplimiento es relativo. En otras palabras, el incumplimiento relativo se distingue del absoluto según la posibilidad o imposibilidad de ejecutar la prestación *in natura.*

Sin embargo, expresa Wayar que hay casos en los cuales, aun siendo materialmente posible el cumplimiento, la situación que se presenta es idéntica a la de una inejecución completa, ante la falta de interés del acreedor en recibir la prestación. Es lo que sucede, por ejemplo, en las obligaciones sujetas a un plazo esencial, en las cuales el mero transcurso del término estipulado torna inútil el cumplimiento tardío, a pesar de ser materialmente posible. Esto demuestra la insuficiencia del criterio posibilista para trazar la línea demarcatoria entre las formas de inejecución aquí consideradas. Aquella pauta debe ser integrada con otra de corte subjetivo, proporcionada por el interés jurídico del acreedor; y, en consecuencia, el incumplimiento es también absoluto cuando la prestación carece de utilidad para el destinatario del pago.

Coincidimos con Wayar en cuanto a la inutilidad del criterio «posibilista», pero discrepamos con él respecto de su difusión en la

[509] Wayar, Ernesto Clemente. *Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 501.

doctrina. No se relaciona, a nuestro entender, la imposibilidad absoluta, de manera directa y exclusiva, con la inejecución absoluta. La posibilidad o imposibilidad es una categoría independiente del cumplimiento, que puede darse o no, pero en cualquier caso se la debe considerar en conjunto con otros elementos.

Uribe Holguín[510] señala que del artículo 1613 del Código Civil Colombiano se desprende que el deudor incurre en inejecución de su obligación si omite en absoluto ejecutar el objeto de ella, si lo ejecuta imperfectamente o si retarda su ejecución.

Para este autor lo que distingue el retardo de la inejecución absoluta y de la ejecución parcial es la circunstancia de que estas dos últimas formas de falta de pago son definitivas, en el sentido de que no es posible o no es admisible que el deudor todavía pague o rehaga el pago; en tanto que el retardo es la falta de pago con carácter transitorio: el deudor no ha pagado nada, o ha pagado en forma incompleta, pero aún es posible y se le admite que ejecute el objeto no ejecutado.

Compartimos la acepción de Uribe respecto a la inadmisibilidad (como alternativa a la imposibilidad) del pago por parte del deudor, si este ya no resulta de interés o utilidad para el acreedor.

18.1.4.1. Cumplimiento parcial

Como señalamos anteriormente, cumplimiento parcial equivale a decir incumplimiento parcial, término más adecuado en realidad, puesto que de lo que se trata es de evaluar —a la luz del factor de atribución— el incumplimiento o inejecución de las obligaciones,[511] a fin de buscar una solución según la responsabilidad o imputabilidad del deudor.

[510] Uribe Holguín, Ricardo. *Op. cit.*, p. 113.

[511] Reiteramos lo señalado al inicio del Título sobre Inejecución de Obligaciones, en el sentido de que la maquinaria del Derecho entra a tallar con toda su fuerza y significado cuando se da un conflicto en el que una de las partes, cuando no las dos, se siente insatisfecha en su relación jurídica. La razón más frecuente está constituida por el incumplimiento, en cualesquiera de sus modalidades.

Otro aspecto a considerar, fundamental en los casos de cumplimiento parcial, es si habiéndose cumplido la prestación en forma incompleta, al acreedor le sigue o no interesando la parte cumplida. Es claro que si el acreedor aceptó el cumplimiento parcial, entonces la responsabilidad se restringe a la porción no cumplida. Pero también es dable que sin la parte incumplida, al acreedor no le interese siquiera la parte ejecutada, a pesar de haberla aceptado en su momento. En estos casos es factible que el acreedor resuelva la obligación completa, siempre y cuando al aceptar la parte cumplida, hubiese desconocido que el resto no se iba a cumplir. En este caso, y si el deudor incurrió en responsabilidad, responde por la inejecución total.

La doctrina francesa denomina «incumplimiento parcial» a este supuesto, ya que lo que hay que sancionar es el incumplimiento y no el cumplimiento. También evalúa la magnitud del daño para determinar si vale la pena continuar con la exigencia de la parte que falta ejecutar o si amerita la resolución total. «En este supuesto los Tribunales tienen que determinar si la porción de la obligación que no se ha cumplido (con el retraso que la afecta, en su caso) justifica la resolución total. Si estiman que no es suficiente para ocasionar tan grave sanción, podrán, de comprobar la existencia del incumplimiento parcial, otorgar los daños y perjuicios proporcionales al incumplimiento, manteniendo en pie la obligación en cuanto al resto. La Corte de Casación ha declarado que a falta de una cláusula de resolución expresa 'corresponde a los Tribunales, en caso de incumplimiento parcial, apreciar, según las circunstancias de hecho, si ese incumplimiento tiene suficiente importancia para que la resolución haya de ser pronunciada inmediatamente, o si bastará como reparación el abono de daños y perjuicios'».[512]

[512] Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo VI, pp. 603 y 604.

Planiol y Ripert refieren que dicha resolución parcial suscitó al principio algunas críticas, debido a que esto sería una suerte de modificación judicial del contrato, concepto inaceptable; pero adoptando el criterio de buena fe como base de esta solución, se llegó a ver que si ella obliga al acreedor a aceptar un plazo, también le impide exigir una resolución total cuando el cumplimiento parcial le ha aportado suficiente beneficio:

> «Así sucede cuando resulta imposible volver las cosas al estado primitivo (por ejemplo, en caso de servicios ya prestados), o cuando volverlas al estado anterior ocasione gastos que sean totalmente desproporcionados con los perjuicios producidos por el vicio de cumplimiento (construcciones no conformes con los planos y presupuestos), cuando lo que falte por cumplir sea una parte accesoria, cuando se trate de prestaciones divisibles, como en materia de compra de productos o mercancías. También existen determinados usos comerciales, según los cuales, en materia de mercancías y productos, la diferencia en calidad o cantidad solamente da lugar a una reducción del contrato, a una modificación de sus condiciones o del precio convenido».[513]

Ello es distinto cuando se trata de un bien único: «En cambio, la resolución parcial no se concibe en la venta o arrendamiento de un objeto único, en el arrendamiento de un local que constituya una sola vivienda, etc».[514]

18.1.4.1.1. Supuestos de cumplimiento parcial

Consideramos que pueden presentarse varios supuestos de inejecución parcial, en función del tipo de obligación según el objeto (simple o compleja):

[513] *Ibidem*, pp. 604 y 605.
[514] *Ibidem*, p. 605.

18.1.4.1.1.1. Cuando el deudor cumple solo parte de la prestación debida[515]

Sería el caso, a modo de ejemplo, de la entrega de la mitad de la mercadería vendida. Esta puede consistir en un lote de diez automóviles marca Peugeot —nuevos, de un mismo color y modelo—, o en mil kilos de una harina especial refinada blanca, o en noventa galones de combustible diesel, o en cien metros de tela cretona para cortinas, etc. El tipo de bien puede ser cualquiera, siempre y cuando ya se encuentre determinado. Imaginemos que se trata de los mil kilos de harina, de los cuales el deudor pretende entregar quinientos. Si el acreedor tiene algún interés en recibir la parte que se le ofrece, sus derechos se limitan a exigir la otra parte o los daños y perjuicios que correspondan.

Pero si a este acreedor no le interesa recibir solo quinientos kilos de harina debido a que la producción a que se ha comprometido —tiene una fábrica de panetones— requiere necesariamente de los mil kilos de harina, entonces la ejecución parcial no reviste interés para el acreedor, quien tiene la facultad de no aceptar esta entrega incompleta y considerar que la obligación no se ha cumplido en absoluto. En este supuesto, resultará más conveniente para él ser indemnizado por el íntegro de la obligación no ejecutada.

Ciertamente, como es de notar, todo gira alrededor del interés del acreedor, a quien amparan los principios de identidad y de integridad del pago.[516]

[515] Recordemos que una obligación puede tener varias prestaciones. En este caso nos referimos a una sola prestación. Como sabemos, el que una obligación contenga como objeto una sola prestación, no quiere decir que dicha prestación sea indivisible. Una misma prestación —si tiene naturaleza divisible, o si la ley o el pacto no han determinado su indivisibilidad— puede dividirse en tantas partes como sea factible.
[516] Recordemos que el principio de identidad consiste en que el acreedor debe recibir

Dentro de este cumplimiento parcial se encuentra también el caso de la prestación que comprende un bien principal con sus accesorios.[517] Un ejemplo sería el de la hebilla dorada de un par de zapatos

exactamente la prestación que se le adeuda, vale decir que no se le puede obligar a aceptar el cumplimiento en términos diversos a los establecidos por el título constitutivo de la obligación. En las obligaciones con prestaciones de dar, el acreedor no está obligado a recibir otro bien, incluso si este revistiese mayor valor. Se aplica lo mismo a las obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer. Por ejemplo, un violinista se obliga a tocar una serie de piezas románticas (boleros) en un salón de baile, y en lugar de ello ejecuta —magistralmente— una sonata de Bach, una sinfonía de Beethoven y algunas partituras de Haendel y Mozart. En este caso, por más que aduzca que su prestación fue de mayor calidad, resulta indudable que el deudor no ha cumplido con la prestación debida.

Como sabemos el principio de identidad se encuentra muy ligado al principio de integridad, aplicándose también a la noción de cumplimiento parcial, ya que la prestación en una obligación es un todo integral, de ahí el interés del acreedor. El acreedor, pues, no puede estar obligado a aceptar una prestación de cuantía inferior a la que se le adeuda. Así, si el violinista hubiese interpretado la música debida, pero durante menos tiempo del acordado (suponiendo que se comprometió a ejecutar durante dos horas, y solo lo hizo por espacio de una hora), también se considera que incumplió, y el acreedor, según sus intereses y el tipo de expectativas, puede estimar conveniente responsabilizarlo por la parte incumplida o por el íntegro de la obligación.

De esta forma, si el dueño del salón de baile había ofrecido a sus clientes (incluso había pegado afiches en la entrada) dos horas de ejecución de violín, y las personas acudieron con esta expectativa, los daños por este incumplimiento parcial pueden ser hasta mayores que si no hubiese ofrecido nada, ya que la imagen, credibilidad y seriedad del promotor o del establecimiento quedaron en entredicho.

517 El tratamiento legal de los bienes principales y los accesorios es el siguiente:

Artículo 888.- «Son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien.

La afectación sólo puede realizarla el propietario del bien principal o quien tenga derecho a disponer de él, respetándose los derechos adquiridos por terceros.

Los accesorios pueden ser materia de derechos singulares.

El aprovechamiento pasajero de un bien para la finalidad económica de otro no le otorga la calidad de accesorio.

La separación provisional del accesorio para servir a la finalidad económica de otro bien, no le suprime su calidad».

Artículo 889.- «Las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación».

con la inscripción de la marca —suponiendo que es de la Casa Christian Dior—. El bien principal puede ser el zapato, pero tal vez para el acreedor la hebilla con la marca es sumamente importante, por lo que sin dicho accesorio no aceptaría el bien. En este supuesto estaríamos ante una inejecución total de la obligación, ya que el acreedor no recibirá la prestación parcial, por más que el bien entregado constituya el principal. Caso distinto sería si el accesorio es prescindible para el acreedor, y este recibiera el bien sin él. En este supuesto estaríamos frente a un incumplimiento parcial.

18.1.4.1.1.2. Cuando la obligación tiene como objeto prestaciones conjuntivas

Las obligaciones conjuntivas —o mejor dicho, obligaciones con prestaciones conjuntivas—, como su nombre lo indica, son parte de un conjunto, debiendo cumplirse todas ellas. Como ya lo hemos manifestado,[518] las obligaciones conjuntivas son aquellas con pluralidad de prestaciones, en las que el deudor tiene que cumplir todas ellas. El deudor ha de cumplir todas las prestaciones prometidas, como si se tratase de obligaciones independientes y distintas, siendo, en principio, indiferente para el cumplimiento de las demás prestaciones, el que una de ellas sea nula o de imposible cumplimiento.

La conjunción «y» es la que manda. Puede tratarse de prestaciones que no tengan ninguna relación entre sí, como por ejemplo, si Jorge contrata con Carla para que esta le entregue un lapicero marca «Cross» de oro, un reloj marca «Rolex» (ambos con modelo determi-

Artículo 1134.- «La obligación de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega.

El bien debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso».

518 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, tomo I, p. 209.

nado), le preste un servicio de mantenimiento a su equipo de sonido y le tramite su visa a Holanda. En este caso es claro que el incumplimiento de una de las prestaciones no acarreará necesariamente el de las demás, ya que si Carla no ejecutara alguna o algunas de las prestaciones, le correspondería a Jorge optar por la aceptación de las restantes, con reducción de la contraprestación, eventual exigencia de daños y perjuicios, etc.

El caso se complica cuando las prestaciones tienen alguna vinculación entre sí. Aquí, el incumplimiento de una determina la inutilidad de las otras. Aquí sí se da una suerte de dependencia entre las prestaciones, pero no hay categorías entre ellas, es decir, ninguna tiene carácter de principal; únicamente podría existir «dependencia» por criterios de utilidad. En este caso, el incumplimiento de una prestación también brindaría al acreedor la posibilidad de rechazar las otras, por carecer de interés para él, lo cual conllevaría a la inejecución total de la obligación; o de aceptar las demás, caso en el cual estaríamos frente a un incumplimiento parcial de la obligación.

Ello puede ocurrir cuando se contrata, por ejemplo, a una agencia de viajes para que adquiera el boleto de avión al Cusco, reserve un hotel emblemático, adquiera localidades para un espectáculo musical —en donde participará su cantante favorito— y reserve un *tour* en helicóptero a las ruinas de Macchu Picchu.

Cualquiera de las citadas prestaciones tiene vida propia en sí misma, no es accesoria, no depende de las demás, siendo todas de la misma categoría; sin embargo, las une un lazo que no es natural sino artificial: la voluntad, el interés del acreedor. En este caso, resulta evidente que si la agencia no consigue los pasajes al Cusco, el resto de las prestaciones no tienen razón de ser, pues carecerían de utilidad para el pretendido viajero. De la misma forma, si el interés del acreedor está dado por el viaje en helicóptero a Macchu Picchu, si la agencia no lo consiguiese, ya no le interesará el viaje en absoluto, por

mucho que el deudor haya conseguido obtener el boleto de avión y la reserva en el mejor hotel de esa ciudad. Pero —en el terreno teórico y práctico— a pesar de ser poco probable, podría ocurrir lo contrario, es decir que dicha persona opte por realizar el viaje al Cusco vía terrestre, o —lo que sí resultaría más frecuente— que vaya a las citadas ruinas en tren.

Igualmente, si para el acreedor fuese indispensable contar con dicho hotel, porque siempre soñó con estar en Cusco hospedado en un antiguo monasterio convertido en hotel, tampoco tendría interés en que se cumpliera el resto de prestaciones. Por último, tal vez el espectáculo también podría revestir el mayor interés para el acreedor, ya que le parecería fascinante ver y escuchar a su cantante favorito en la mítica ciudad del Cusco, y por ello decide realizar todo el resto del viaje, *tour* en helicóptero incluido. Es pues evidente que no se trata de una obligación con prestaciones accesorias o secundarias, a pesar de la interdependencia que pueda haber entre ellas.

También puede incluirse dentro del rubro de las obligaciones conjuntivas a aquellas con pluralidad de prestaciones en las que exista una prestación que pueda considerarse —en la práctica, mas no en el plano jurídico— como «principal» o de mayor importancia, al lado de otras prestaciones que revistan carácter de menor importancia. Sin embargo, todas ellas serían, jurídicamente hablando y al tratarse de una obligación conjuntiva, prestaciones principales. En este caso, la solución depende también de la utilidad que el cumplimiento parcial tenga para el acreedor. Si la prestación considerada en la práctica como secundaria, fuese importante, entonces podría rehusar el cumplimiento total de la obligación. Pero si ella no resultase esencial para el acreedor, entonces la obligación habría sido parcialmente ejecutada, y el deudor solo debería la porción que falta —en este caso, la prestación de menor importancia—, o la indemnización que corresponde a la inejecución parcial.

Es importante indicar que no estamos hablando de una obligación facultativa, en la cual solo una se deberá cumplir, sino de una prestación que tiene la característica de principal y que va unida a otra prestación de carácter accesorio o secundario en cuanto a importancia dentro del interés del acreedor, es decir, que puede tener cierta independencia pero que constituye el mismo objeto de la relación jurídica obligacional, o sea que ambas deben cumplirse, van juntas.[519]

Un ejemplo lo constituiría la obligación conjuntiva cuya prestación más importante podría ser la de entregar un *diskette* con un *software* novedoso y la prestación menos importante consistiera en el entrenamiento de su uso al acreedor.[520] En este caso, hay dos prestaciones, de las cuales aquella que podría objetivamente ser considerada como la menos importante, tal vez en los hechos no resulte siendo así, en tanto al acreedor no le interese tener dicho programa de computación si es que no va a saber utilizarlo, caso en el cual podría considerar inejecutada la obligación.

Pero si a este acreedor no le resulta tan esencial la prestación de entrenamiento en el sistema, porque tiene un equipo de trabajadores de cómputo sumamente capacitados y familiarizados con este tipo de programas, entonces podría aceptar la entrega de la prestación principal (el programa), considerando incumplida la otra prestación, con lo que la obligación —como un todo— habría sido ejecutada solo parcialmente.

[519] Una buena comparación resulta de analizar el caso de los bienes principales con sus accesorios. La idea general es bastante semejante. Hay una estrecha relación entre la principal y la accesoria, en cuanto a naturaleza y fines, dependiendo la segunda de la existencia de la primera.

[520] El contrato es de compraventa de un programa de cómputo, y en una de las cláusulas de dicho contrato el vendedor se compromete a capacitar al acreedor o a quien este señale.

18.1.4.2. Cumplimiento tardío

Busso[521] anota que el caso más frecuente de inejecución de una obligación es el del cumplimiento tardío, tratándose de una obligación que debía haberse cumplido en determinado tiempo.

Uribe Holguín[522] precisa que el retardo puede tener por causa un hecho u omisión del propio deudor, o una fuerza mayor o caso fortuito determinante de imposibilidad pasajera de pagar, como el embargo y secuestro de la cosa. Y se pregunta si cuando la causa del retardo es el hecho o la omisión del deudor, ello implica necesariamente la existencia de dolo, o si puede provenir de mera culpa.

Refiere que a primera vista parece que la falta transitoria de pago, no debida a fuerza mayor o caso fortuito, sea siempre dolosa, pues mirando el asunto superficialmente no se ve claro cómo quien puede pagar y no paga incurre en esta omisión de manera no intencional.

Señala, pues, que en materia de inejecución de obligaciones, el proceso regular del acto libre tiene cabida en el retardo con mayor claridad que en ninguna otra hipótesis. Uribe estima que es posible que tal sea el fundamento del siguiente pasaje del Digesto (transcribe la traducción al español de la parte pertinente): «9. Se entiende que comete dolo el que no restituye lo que puede restituir. 10. Por lo tanto, si te mandé que me compraras un esclavo, y lo compraste, deberás entregármelo» (Libro 17, título 1, fragmento 8°, parágrafos citados). Precisa que en las obligaciones de entregar cosa material, el retardo consiste precisamente en no hacer la entrega en el momento debido, siendo esta posible y mientras el acreedor no tenga derecho de rechazarla definitivamente.

[521] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, p. 239.

[522] Uribe Holguín, Ricardo. *Op. cit.*, pp. 113-115.

Sin embargo, como anota el propio autor, examinando el punto con mayor atención, se concluye que el retardo no determinado por fuerza mayor o caso fortuito puede provenir indistintamente de dolo o de culpa del deudor.

En efecto, si el deudor, por descuido u olvido, no entregase la cosa que debe cuando llega el momento del pago; si por imprudencia no alcanza a tenerla en el lugar donde debe entregarla; si por negligencia o impericia no termina dentro del plazo estipulado la tarea o trabajo que se ha obligado a ejecutar, incurre en culpa y no en dolo.

Podemos observar que todos los supuestos mencionados —descuido, olvido, imprudencia, negligencia, impericia— corresponden a las nociones de culpa, en sus modalidades de culpa leve y culpa grave. La graduación de la culpa (si es grave o leve) dependerá del nivel de negligencia, inversamente proporcional al nivel de diligencia. Como sabemos, el dolo se configura con un elemento de intencionalidad («Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación», según el artículo 1318 de nuestro Código Civil).

La culpa se presume en todos los casos de incumplimiento. En nuestro sistema, se presume la culpa leve (que es la contrapartida de la diligencia ordinaria); es decir, que si la obligación no se cumple, o se cumple parcial, tardía o defectuosamente, esto obedece a culpa leve. El deudor es responsable, a menos que pruebe lo contrario. En el caso de la atribución de culpa leve en el incumplimiento tardío, compartimos las opiniones del profesor Uribe, cuando señala que del hecho que el deudor pueda elegir entre dos posibilidades (pagar y no pagar), no puede inferirse que la falta de pago en estas circunstancias implique necesariamente el proceso consciente del acto libre, puesto que si el deudor, como es frecuente, no está atento a lo que debe hacer u omitir para efectuar el pago, deja de pagar inconscientemente y sin intención, aunque de modo culpable.

Creemos que más allá de que no pueda inferirse que la falta de pago obedezca a un acto deliberado (habría que tener un «medidor de voluntades»), tampoco se podría suponer que responda a un acto inconsciente, razón por la cual es mejor conceder el beneficio de la duda al deudor (sin lesionar los intereses del acreedor, quien tiene varias posibilidades de salvaguardar sus derechos), ya que los casos de retraso (indolente o doloso) suelen subsanarse por el propio deudor en cuanto es exigido el pago por el acreedor. Instituciones como la mora sirven de apoyo a esto. Y si en los hechos ello ocurre así, entonces es mejor no castigar con igual fuerza a los deudores que incurren en culpa leve y a aquellos que incumplen mediando dolo.

Lo mismo ocurre en caso de encontrarse el deudor ante la eventualidad de evitar o no que determinado suceso le impida el pago. Hay aquí idéntica posibilidad de elección y, no obstante, si el deudor no evitó el suceso, pudiendo haberlo evitado, no se puede concluir que su conducta, positiva o negativa, sea siempre intencional. Compartimos también el criterio de Uribe en este punto, puesto que en la mayoría de casos implica culpa del deudor, ya sea por impericia, imprudencia, negligencia o descuido.

Piensa Uribe que la malicia no es regla en los hechos humanos. Cuando se incumple el contrato o se infringe la ley, lo común no es que se incumpla deliberadamente, sino por descuido o negligencia; siendo vicio más generalizado en el hombre la falta de atención y de interés, que la maldad y el propósito de dañar. Por ello, tanto en la falta de pago de una obligación, como en el hecho ilícito dañoso, debe presumirse la culpa, mas no el dolo. Este último siempre debe probarse.

Nosotros no compartimos del todo la opinión de Uribe, en lo que respecta a la naturaleza del género humano. No creemos que se pueda afirmar que exista una preponderancia de la buena fe sobre la malicia en los actos de las personas. Tampoco es que creamos lo contra-

rio; lo que queremos decir es que no se puede determinar el porcentaje de corrección y de buenas intenciones en los actos jurídicos de los individuos. Menos aun pueden medirse las zonas grises entre la corrección y la negligencia, y entre esta y el dolo.

En efecto, cada persona tiene su dosis de buena y de mala fe, y las circunstancias en que se encuentre harán que su actuar se incline a veces hacia un lado y en ocasiones hacia el otro. Las circunstancias varían, y las personas junto a ellas. Los modos de comportamiento, que se reflejan en el cumplimiento de diversos deberes y obligaciones, también son resultado de las circunstancias interactuando con las personas.

Si, entonces, no se puede determinar el porcentaje de actos maliciosos de cada persona, menos aun se puede establecer un patrón de conducta social. Y así se pudiera, ello no sería relevante para el Derecho. Lo relevante para el Derecho es *conocer* que todas estas posibilidades existen (y coexisten) en los individuos de la sociedad: va a haber incumplimientos dolosos, culposos o exentos de imputabilidad, entre ellos el caso fortuito o fuerza mayor. Eso es todo lo que compete conocer al Derecho, y basándose en estas consideraciones y a los fines que se estimen prioritarios para la sociedad, es que el legislador toma sus decisiones, las mismas que se plasman en soluciones jurídicas.

En suma, al Derecho le basta conocer la existencia de un apreciable porcentaje de conductas de buena fe para que considere necesario protegerlas, proporcionándoles las presunciones correspondientes, como es el caso de la buena fe.

Presumiéndose la buena fe, se ampara a quienes actuaron de esta forma. Es más sano para una sociedad que se presuma lo bueno, las buenas intenciones, a que se parta de la premisa de que el estándar es la malicia. Ahora bien, tampoco se puede aplicar la benevolencia a

un solo lado (deudor), sino que se debe encontrar un equilibrio a fin de que el acreedor también quede amparado. Esto se encuentra regulado en el tenor de la probanza. Ya hemos señalado que la regla *favor debitoris* no puede ser empleada de forma tal que se desvirtúe su propósito, y se convierta en instrumento en contra del acreedor.

18.1.4.3. Cumplimiento defectuoso

Un cumplimiento defectuoso significa, en principio, que ha habido un cumplimiento, una ejecución, pero que esta adolece de defectos, que es defectuosa, lo cual quiere decir que existe una discrepancia, una disconformidad de conducta entre lo obrado y lo debido. Esta conducta defectuosa del deudor se traduce en un incumplimiento material que el acreedor percibe como tal y que lo deja insatisfecho, disconforme. El principio de identidad se ve vulnerado.

Esta disconformidad puede ser, evidentemente, de carácter absoluto o relativo.

Absoluto, si la conducta del deudor es contraria en lo esencial al actuar comprometido. Un ejemplo de incumplimiento defectuoso absoluto es cuando el deudor, obligado a colocar grifería marca *Pricefister* en el baño principal del domicilio del acreedor, la coloca en el baño de visitas. O si el deudor, obligado a enajenar una cosa a favor del acreedor, realiza la transferencia a un tercero.

La disconformidad de comportamiento es de carácter relativo cuando el cumplimiento del deudor es defectuoso en cuanto al modo, tiempo o lugar de ejecución de la prestación. Así, el deudor puede cumplir con hacer entrega de la prestación debida, pero en lugar distinto al convenido, siendo este detalle de interés para el acreedor, como en el caso de la mercadería perecible (carne fresca) que debe recibirse con urgencia en el restaurante del acreedor situado a treinta kilómetros del local, también perteneciente al acreedor, en donde el deudor realiza la entrega.

En cualquier caso, si el acreedor prueba la mala ejecución, tiene facultad de exigir que se le indemnice.

Llambías[523] refiere que el cumplimiento total defectuoso queda asimilado al incumplimiento total cuando uno y otro generan la responsabilidad del deudor. Solo pueden diferir con respecto a la cuantía de la indemnización, ya que es frustrada enteramente su legítima expectativa en torno a la prestación debida, o que lo sea parcialmente mediante un cumplimiento defectuoso, que pese a ese defecto no deja de ser cumplimiento al fin. Pero es de notar que el deudor no puede imponer al acreedor la recepción de un cumplimiento defectuoso, por no existir identidad entre lo debido y lo que se intenta pagar.

Como sabemos, el incumplimiento, en cualquiera de sus modalidades, ya sea total, parcial, tardío o defectuoso, siempre va a generar responsabilidad de indemnización por parte del deudor hacia la persona del acreedor cuando concurran dos supuestos: el primero, que dicho incumplimiento sea imputable al deudor (ya dijimos que lo es si ha incurrido en culpa leve, culpa grave o dolo); y el segundo, si el acreedor se considera perjudicado. Los incumplimientos parciales, tardíos o defectuosos, por su parte, se convierten en inejecuciones totales, dependiendo del daño causado al interés del acreedor.

Según Llambías,[524] frente a la tentativa de un pago defectuoso el acreedor tiene tres alternativas posibles: 1) rechazar el pago asimilándose entonces el intentado cumplimiento defectuoso a la inejecución total; 2) aceptar ese pago sin reserva alguna, hipótesis en la cual el efecto cancelatorio del pago funciona plenamente habida cuenta de que media, por acuerdo de partes, una dación en pago que importa

[523] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, pp. 122 y 123.
[524] *Idem.*

una novación por cambio del objeto debido; 3) aceptar el pago con reserva del derecho a obtener la indemnización del daño que el defecto de cumplimiento causa al acreedor. A decir de Llambías, es en esta última hipótesis que se suscita la diversidad antes apuntada, en la cuantía de la indemnización a favor del acreedor, según que haya incumplimiento total del deudor o menor cumplimiento defectuoso de su parte.

18.2. El caso fortuito y la fuerza mayor

A modo de introducción, diremos que existe una zona gris en las categorías de responsabilidad, problema que se puede encontrar en diversas legislaciones. Esta franja reviste sinuosidades conceptuales que la vuelven en ocasiones demasiado abstracta, lo cual trae como consecuencia el riesgo de convertirse en una suerte de «cajón de sastre» donde se pueden almacenar categorías que deberían corresponder a otros rubros. Nos referimos al espacio entre la culpa leve y el caso fortuito o de fuerza mayor.

El Código Civil de 1984 aclara los conceptos definitivamente. De él se desprende, con toda nitidez, que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Así lo establece el artículo 1314. Luego, la imputabilidad solo puede atribuirse a quien procede con dolo o culpa.

La ausencia de dolo o culpa no origina responsabilidad alguna, salvo que la ley o el pacto establezcan como única causal exoneratoria el caso fortuito o de fuerza mayor. La franja intermedia que, como dijimos, es aquella que existe entre la culpa leve y el caso fortuito o de fuerza mayor, es decir, la ausencia de culpa, aparece con meridiana claridad en el Código Civil Peruano de 1984.

Quien actúa intencionalmente para incumplir su obligación procede con dolo; quien lo hace con negligencia extrema actúa con cul-

pa inexcusable; la falta de la diligencia usualmente requerida determina la existencia de culpa leve; la diligencia ordinaria, aun cuando empleándola se inejecute la obligación, exime de responsabilidad; y, por último, el caso fortuito o fuerza mayor, donde, desde luego, hay ausencia de culpa, se exige como causal exoneratoria única cuando la ley o el pacto así lo establezcan.

18.2.1. Concepto

El incumplimiento de la obligación puede tener origen en causas independientes de la voluntad del deudor, extraordinarias, imprevisibles e irresistibles, dando lugar a lo que en Derecho se llama caso fortuito o fuerza mayor. En otras palabras, el incumplimiento le es impuesto al deudor por un hecho ajeno a él, por lo que ya no es el autor moral de dicha inejecución; se configura de esta forma un supuesto de inimputabilidad, merced a la cual el deudor no será responsable por tal incumplimiento ni por sus consecuencias. Es, pues, un motivo más de la ruptura del nexo causal de la responsabilidad.

A lo largo de la Historia del Derecho, observamos que en lo relativo a la imputabilidad por incumplimiento, han variado las normas que eximen de responsabilidad a quien le ha sido imposible cumplir. Las causales de imposibilidad han permanecido casi inalteradas, diferenciándose solo en cuanto a aspectos de actualización debido al avance de la modernidad, es decir, a aspectos de índole satelital y no sustancial.

La figura del caso fortuito y la fuerza mayor está contemplada en el numeral 1315 del Código Civil Peruano, el mismo que prescribe lo siguiente: «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».[525] Vemos que la citada norma emplea

[525] - ***Fuentes nacionales del artículo 1315***

el término «caso fortuito» al lado del de «fuerza mayor». ¿Constituyen sinónimos? ¿son conceptos complementarios?

Dentro de la legislación colonial, debemos hacer mención de la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 11, Título XXXIII, Partida Séptima: «Casus fortuitus tanto quiere dezir en romance, como ocasion que acaesce por ventura, de que non se puede ante ver».
También se relacionan con este tema la Ley 8, Título VIII, Partida Quinta: «Otrosi dezimos, que si se perdiesse, o si se menoscabase, o se muriesse la cosa que touiesse alogada alguno, por alguna ocasión que auiniesse sin su culpa del; assi como si fuesse sieruo, o alguna bestia, si se muriesse su muerte natural; o si fuesse naue, o peligrasse por tormenta que acaesciesé; o si fuesse casa, e se quemasse; o si fuesse molino, e le lleuassen avenidas de rios; o por otras cosas qualquier semejantes destas, que se perdiesse, o se muriesse; por tal ocasion, como sobredicho es, que non seria tenudo de la pechar el que la touiesse logada. Fueras ende por casos señalados. El primero es, si quando logo la casa, fizo tal pleyto con el señor della, que como quier que acaesciesse de la cosa, que fuesse tenudo de la pechar. El segundo es, si fiziesse tardanca de tornar la cosa al señor, mas que non deuía, e despues de aquel tiempo que gela deuiera auer tornada, se perdiesse, o se empeorasse. El tercero es si por su culpa acaesciesse aquella ocasion por que se pierde, o se muere la cosa»; y la Ley 3, Título II, Partida Quinta.
El artículo 1315 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.
El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trataba el tema en sus artículos 744: «No hay lugar a daños e intereses, cuando una fuerza superior, o un caso fortuito ha impedido al deudor dar o hacer lo que se había obligado, o lo ha forzado a hacer lo que se le había prohibido» y 898: «Se extingue la obligación cuando sin culpa del deudor, o sin que hubiese habido morosidad de su parte, perece la especie cierta y determinada que era objeto de la obligación, o sale fuera del comercio de los hombres, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia. En el caso de haber sido moroso el deudor, mas sin responsabilidad a los casos fortuitos, se extingue la obligación siempre que la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega».
Por su parte, el Código Civil de 1852, legislaba el particular en sus artículos 2274: «Si por caso fortuito se pierde ó se destruye totalmente la cosa que se debía, se extingue la obligación.- Mas si la pérdida o destrucción ha sido parcial, subsiste la obligación en lo que haya quedado» y 2275: «El obligado á entregar la cosa que se ha destruido ó perdido, por caso fortuito, está en el deber de probar su inculpabilidad»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en sus numerales 1439: «El deudor no es responsable de los daños y perjuicios que reciba el acreedor por no

cumplir la obligación, cuando la falta de cumplimiento proviene de caso fortuito o fuerza mayor; a no ser que aquel haya tomado a su cargo las consecuencias de estos acontecimientos, o que hayan ocurrido por su culpa, o cuando ya había incurrido en mora, no motivada también por caso fortuito o fuerza mayor» y 3045: «El obligado a entregar una cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito, está obligado a probar su inculpabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 3047».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925, trataba el tema en su artículo 311: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresamente mencionados en la ley, y en los que así lo establezca la obligación»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en el artículo 297: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor sino en los casos expresamente mencionados en la ley, y en los que así lo establece la obligación».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, legislaba el punto en el artículo 1308: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación»; en tanto que el Código Civil de 1936, lo hacía en el numeral 1319: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, no regulaba la materia.

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, trataba el tema en su artículo 170: «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»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hacía en su artículo 1333: «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».

Finalmente, debemos mencionar al Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, el mismo que legislaba sobre el particular en su artículo 1282: «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».

- ***Fuentes y concordancias extranjeras***

Concuerdan con el artículo 1315 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Francés (artículo 1148), Uruguayo (artículo 1343, primer párrafo), Ecuatoriano (artículo 1590, segundo y tercer párrafos), Español (artículo 1105), Anteproyecto

El Código Peruano de 1852 solo usaba la expresión «caso fortuito» (artículos 1572, 1608, 1614, 1670, 1830, 1836, 1839, 1862, 2274, 2275, 2276, 2277 y 2296), salvo en el artículo 1639, que además de la expresión «caso fortuito» utilizaba la de «fuerza mayor». Pero sin duda, en dicho Código tanto los casos fortuitos como de fuerza mayor comprendían los acontecimientos extraordinarios, irre-

Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 848 —contempla el caso fortuito como el hecho u omisión que no se ha podido prever o que previsto no se pudo evitar—), de la República de China de 1930 (artículo 225) y Chileno (artículo 1547, segundo y tercer párrafos), entre otros.

Adicionalmente, debemos señalar que el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 534) establece que la fuerza mayor es un acontecimiento superior a las fuerzas de cualquier deudor y no imputable a su conducta, correspondiendo al deudor, probarla.

Por otra parte, el Código Etíope (artículo 1792) dispone que la fuerza mayor está constituida por un evento que no puede ser previsto normalmente por el deudor, el cual le impide absolutamente ejecutar la obligación. Un evento no constituye fuerza mayor si pudo ser previsto por el deudor o si solamente genera mayor onerosidad a la ejecución de la obligación. Agrega este Código (artículo 1793) que pueden constituir, bajo reserva de las circunstancias, casos de fuerza mayor: 1) El hecho imprevisible de un tercero de quien el deudor no tiene que responder.- 2) La intervención hecha por el gobierno en la ejecución del contrato.- 3) Un cataclismo natural como un terremoto, una inundación, una fatalidad causada por un rayo.- 4) La guerra externa o civil.- 5) La muerte, accidente o enfermedad grave del deudor sobreviniente de manera involuntaria.

Este Código agrega (artículo 1794) que no constituyen jamás casos de fuerza mayor, sin estipulación en contrario: a) La huelga en el local principal o sucursal donde el deudor realiza sus labores.- b) El alza o baja de curso de materias primas necesarias para la ejecución del contrato.- c) La intervención de una nueva ley que hace más oneroso para el deudor el cumplimiento de su obligación.

Por otra parte, el Código Argentino (artículo 513) prescribe que el deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando estos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o este hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquel constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor. Este Código también define lo que se entiende por caso fortuito, cuando establece (artículo 514) que es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse.

sistibles e imprevisibles que imposibilitaban el cumplimiento de la obligación.

El Proyecto de Código Civil Peruano de 1890 tenía la tendencia, al igual que el Código Civil de 1852, de utilizar solo la expresión «caso fortuito» (por ejemplo, en los artículos 3045 y 3048). Sin embargo, el precepto genérico exoneratorio de responsabilidad empleaba las expresiones «caso fortuito o fuerza mayor» (artículo 1439), considerándolas como sinónimas.

El Código Civil Peruano de 1936, siguiendo al Código Napoléon, identificaba los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, usándolos indistintamente en forma separada o conjunta.

En el Título relativo a inejecución de las obligaciones (artículos 1319 y 1326) dicho Código empleaba ambas expresiones como sinónimas, utilizándolas conjuntamente, lo mismo que en los artículos 995 y 1180.

Con más frecuencia, el citado cuerpo normativo solo se refería al caso fortuito (artículos 840, 1256, 1283, 1533, 1590, 1596, 1618, segundo párrafo, y 1660) y, excepcionalmente, solo a la fuerza mayor (artículos 1618, primer párrafo, y 1625).

El artículo 1518 del Código Civil de 1936 parecía distinguir el caso fortuito y la fuerza mayor, pero la interpretación sistemática de la norma conduce a descartar tal criterio que, por lo demás, carecería de relevancia jurídica.

Por último, el artículo 1503 del Código Civil de 1936, luego modificado por el artículo 152 de la Ley de Reforma Agraria, establecía diferencias entre «los casos fortuitos que suelen ocurrir comúnmente» y «los casos fortuitos extraordinarios». Esta distinción, a nuestro entender, era absurda, pues un evento —simplemente— constituirá o no caso fortuito.

En el Código Civil de 1984, como se observa del artículo 1315 antes transcrito, se emplean con equivalencia absoluta las expresiones «caso fortuito o fuerza mayor». Más aún, el Código ha cuidado de utilizar invariable y simultáneamente las expresiones «caso fortuito o fuerza mayor» (artículos 909, 1079, 1315, 1518, 1820 y 1972). Pero, por las razones que se señalan más adelante, usualmente el Código se refiere a la ausencia de culpa y solo de manera excepcional, cuando así debe corresponder, al caso fortuito o fuerza mayor.

El Derecho positivo no ha otorgado mayor importancia a la distinción teórica entre caso fortuito y fuerza mayor, pudiendo constatarse que tal diferenciación carecería de efectos prácticos; no obstante, la doctrina sí distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor, y estas distinciones influyen —o podrían influir— en su aplicación.

En efecto, hay autores para quienes llevar a cabo la diferenciación conceptual únicamente obedece a fines teóricos. Pero otros consideran que tal distinción sí tiene influencia sobre la responsabilidad del deudor. Este último sector doctrinal considera que la diferencia se encuentra en la importancia del acontecimiento, siendo de fuerza mayor los hechos más importantes y casos fortuitos los menos importantes. Aquí la fuerza mayor tiene un efecto liberatorio más amplio que el caso fortuito, implicando la irresistibilidad del acontecimiento. En tanto, el caso fortuito abarca la imprevisibilidad de dicho acontecimiento.

El más importante exponente de la teoría que acabamos de enunciar (que distingue las nociones de caso fortuito y fuerza mayor, asignándoles diferencias en cuanto a la extensión de la responsabilidad del deudor) es el jurisconsulto vienés Adolfo Exner,[526] para quien el

[526] Exner, Adolfo. «De la Fuerza Mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el Actual, 1905». En *Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit.*, tomo II, pp. 819 y 820.

criterio distintivo entre ambos radica en el origen de las causas productoras del hecho. Si estas son extrañas o ajenas a la explotación comercial o industrial de que se trate (tempestades o inundaciones, hechos de terceros, órdenes de autoridades, etc.), entonces estamos ante la fuerza mayor, que exime de responsabilidad al deudor. Pero si las causas son inherentes a la explotación misma (estallido de calderas, rotura de máquinas, cortocircuito por recarga de energía, etc.), se trata de caso fortuito, por el cual sí responde el deudor.

Según Exner, se exige la concurrencia de tres requisitos para que el hecho sea calificado como de fuerza mayor:

(a) Que el hecho sea exterior a la empresa

Hay hechos cuya causa no guarda relación con la empresa, no resultan de sus instalaciones ni del trabajo de los obreros; provienen de una fuerza extraña al medio profesional, más poderosa que la iniciativa del empresario. Esta fuerza constituye la fuerza mayor.

Están excluidos de este concepto los riesgos provenientes del azar causado como consecuencia de la empresa que el empresario ha creado y dirige (hay azar afortunado y azar desafortunado, y el empresario disfruta de uno y responde del otro).

(b) Que el hecho tenga cierta importancia

Para ser importante, el hecho debe ser extraordinario, es decir, sobrepasar lo previsible, ya que es anormal. Basta que sea previsible, aunque externo a la empresa, para que no encaje en la categoría de fuerza mayor.

(c) Que el hecho sea público y notorio

Es necesario que la prueba del hecho sea insospechable. Debe ser conocido por todos.

Este sistema de responsabilidad que distingue el caso fortuito y la fuerza mayor, en cuanto al alcance de la imputación del deudor, escapa a la noción de culpa. Como sabemos, nuestro sistema acoge la noción de responsabilidad contractual subjetiva. Él proclama que la ausencia de culpa exime de responsabilidad, en tanto que la conceptualización de Exner se inclina claramente hacia la responsabilidad objetiva, responsabilizando al deudor que incumple sin culpa, por caso fortuito. En otras palabras, este sistema amplía la base de la imputabilidad.

Compartiendo el criterio de Exner, Mario César Gianfelici[527] acota que la fuerza mayor se debe a una causa ajena que excluye la relación de causalidad externa, y el caso fortuito se debe a una causa ajena que excluye la relación de culpabilidad (causalidad interna).

Los autores para quienes la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor solo obedece a un debate teórico, son los más numerosos. Para estos la diferenciación cobra varias formas:

(a) Por ser un hecho extraño al obligado o producirse al interior del círculo obligatorio del deudor

Este criterio tiene su fuente en el razonamiento de Exner, quien fue el más radical en señalar que la distinción entre ambos conceptos traía como consecuencia una diferencia también en cuanto a sus efectos, es decir, en cuanto a la extensión de la responsabilidad.

Así, para Josserand[528] fuerza mayor es la causa exterior al supuesto responsable, por ejemplo, a determinada empresa. Es la

[527] Gianfelici, Mario César. «Caso Fortuito e Impedimento ajeno a la voluntad». En *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Op. cit.*, pp. 178 y 180.

[528] Josserand, Louis. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 339.

fuerza que ha irrumpido desde fuera en el círculo de los dos adversarios (demandante y demandado hoy en el proceso). Una inundación, el estado de guerra, la revolución, el hecho del príncipe (es decir, la orden emanada de la autoridad), y aun los hechos de terceros, serían ejemplos de fuerza mayor. En cambio, caso fortuito es el acontecimiento anónimo que se produce en el interior de la empresa. El incendio, la explosión de una caldera, constituirían casos fortuitos. Se aprecia que Josserand sigue el criterio de Exner en cuanto a la aplicación de ambos conceptos a la actividad comercial e industrial.

Boffi Boggero[529] también señala que para algunos el caso fortuito constituye el acontecimiento producido en el interior del círculo obligatorio del deudor y la fuerza mayor es el hecho extraño a la persona de quien se obligó.

(b) Por ser un acto de Dios o un acto del príncipe

Héctor Lafaille,[530] admitiendo la equiparidad, sostiene que a partir del *Digesto* se estableció una distinción, designando bajo el nombre de caso fortuito «a los hechos de la naturaleza» y bajo la denominación de fuerza mayor «a los procederes de la autoridad». El caso fortuito obedecería, pues, a las fuerzas físicas de la naturaleza o de Dios *(act of God*, según la expresión del Derecho Anglo-americano) y la fuerza mayor al «acto del príncipe», al *factum principis*, incorporándose en este último concepto, además, ciertos hechos de terceros.

Vemos que el caso fortuito y la fuerza mayor, dentro de esta conceptualización, se equiparan en cuanto a la imposibilidad e

[529] Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 225.
[530] Lafaille, Héctor. *Op. cit., Derecho Civil.* vol. I, tomo VI, p. 180.

inimputabilidad, y difieren en la causa determinante de tal imposibilidad de cumplimiento. Así, la fuerza mayor constituye el «acto del príncipe» (según la fórmula clásica), incluyendo en ella ciertos hechos de tercero, los mismos que ciertamente no provienen de la autoridad, pero menos aun de la naturaleza o de Dios.

Dentro de esta línea de pensamiento, Boffi Boggero[531] señala que para una corriente el caso fortuito se refiere a los hechos de la naturaleza y la fuerza mayor a los hechos del hombre, siendo idénticas sus consecuencias. Borda,[532] igualmente, recuerda que para algunos autores que siguen la terminología del Derecho Romano, la expresión caso fortuito debe reservarse a los hechos de la naturaleza y fuerza mayor a los hechos del hombre; pero las consecuencias serían las mismas.

En este sentido, Uribe Holguín[533] anota que Pérez Vives pone de manifiesto que la doctrina civil distingue la fuerza mayor del caso fortuito, y clasifica los criterios con arreglo a los cuales se ha efectuado esta distinción, siendo el primero de ellos el que sostiene que el caso fortuito es un acontecimiento de la naturaleza, como un temblor o una inundación, en tanto que la fuerza mayor es el hecho de terceras personas, como el mandato de la autoridad, la invasión, el pillaje.

Cazeaux y Trigo Represas[534] y Enrique Prieto Ravest[535] también señalan que para una tendencia de la doctrina tradicional-

[531] Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 225.
[532] Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 117.
[533] Uribe Holguín, Ricardo. *Op. cit.*, p. 51.
[534] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 413.
[535] Prieto Ravest, Enrique. *Op. cit.*, p. 89.

mente se entendía que el caso fortuito se refería a los hechos de la naturaleza, y la fuerza mayor a los actos del hombre, distinción que tenía nada más que una importancia teórica, pues en la práctica ambos liberaban al deudor de responsabilidad.

En efecto, consideramos que ciertamente resulta interesante realizar una diferenciación de índole teórica, pero si a la postre son iguales los efectos o consecuencias, entonces las nociones (de caso fortuito y fuerza mayor, en este supuesto) van a tender —ineludiblemente— a confundirse. Esto es lógico, ya que siendo la finalidad de las normas el brindar soluciones jurídicas, la caracterización y clasificación de los conceptos jurídicos es relevante solo cuando pueda imputárseles una diferente regulación legal.

(c) Por estar frente a un obstáculo irresistible o de menor significación

Borda[536] expresa que para otros la fuerza mayor sería la imposibilidad absoluta fundada en un obstáculo irresistible, en tanto que el caso fortuito consistiría en un obstáculo de menor significación, pero con todo, suficiente en relación con ese deudor. Los efectos serían iguales, porque en ambos casos el deudor quedaría exonerado.

Estos conceptos son compartidos por Boffi Boggero,[537] quien señala que para una corriente el caso fortuito es un obstáculo menor que el otro, consistente en la imposibilidad absoluta emanada de la irresistibilidad.

[536] Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 118.
[537] Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 225.

Asimismo, Uribe Holguín[538] indica que para algunos el caso fortuito está constituido por sucesos de menor importancia que los que configuran la fuerza mayor.

Podemos apreciar que esta diferenciación se basa en la magnitud del obstáculo, pero confluyendo ambos (caso fortuito y fuerza mayor) en una imposibilidad absoluta de cumplimiento para el deudor. Y esta imposibilidad determina en ambos casos la inimputabilidad del deudor.

Dentro de este orden de ideas, Cazeaux y Trigo Represas[539] anotan que hay autores que dan el nombre de caso fortuito a los hechos menos importantes y denominan fuerza mayor a los más extraordinarios.

Como vemos, para quienes suscriben esta corriente, la distinción entre ambos conceptos estaría dada por la importancia del evento (si es más importante, se trataría de fuerza mayor). Vemos que el criterio de diferenciación se asemeja al del punto anterior, pero además se considera que la fuerza mayor está vinculada a la ocurrencia extraordinaria del suceso, es decir, a que el obstáculo que se interpone al cumplimiento del deudor es de naturaleza que va más en el terreno de la catástrofe, o sea, de un evento más alejado de la previsión humana.

(d) Por referirse al aspecto subjetivo u objetivo del hecho extraordinario

Para Colmo,[540] una y otra expresión (caso fortuito y fuerza mayor) señalan dos aspectos distintos, pero correlativos, de un

[538] Uribe Holguín, Ricardo. *Op. cit.*, p. 51.
[539] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 413.
[540] Citado por Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 118.

mismo fenómeno, que es el obstáculo insuperable para cumplir. La diferencia radica en que fuerza mayor constituye lo subjetivo de la imposibilidad de prever o de evitar el hecho; caso fortuito, en cambio, es lo objetivo del hecho extraordinario.

Consideramos interesante este criterio distintivo, y podría constituir una solución bastante inteligente al problema, puesto que ambos se verían como dos facetas del mismo supuesto. Serían dos lados confluyentes del problema jurídico: mientras que el caso fortuito vendría a ser el suceso apreciado en sí mismo, objetivo, esto es, a título de ejemplo, el incendio propiamente dicho, la fuerza mayor sería la imposibilidad de las personas (en este caso, del deudor) de evitarlo o de preverlo. La fuerza mayor sería técnicamente el adjetivo y el caso fortuito el sustantivo. Si se da el caso fortuito sin que concurra la fuerza mayor, es decir, si el incendio se pudo prever o evitar, entonces sí hay responsabilidad. Ello justificaría la inclusión de ambos términos en el precepto legal, ya que de ser sinónimos, uno de ellos —cualquiera— estaría sobrando.

(e) Por ser previsibles o imprevisibles

Para Colin y Capitant,[541] el caso fortuito es la situación que un deudor común no puede prever, pero que uno más advertido y cuidadoso podría haber previsto y evitado. La fuerza mayor, por el contrario, es el hecho que ni el deudor más cuidadoso puede prever ni evitar.

En principio —según los citados autores—, tanto la fuerza mayor como el caso fortuito liberan al deudor. Existen, sin embargo, situaciones en que solamente la fuerza mayor exime

[541] Citados por Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 415.

de responsabilidad. Ellas serían las siguientes: 1. Los casos de accidentes de trabajo; 2. La responsabilidad en el contrato de transporte; 3. Los supuestos de contrato de hospedaje. En estas tres situaciones un evento solamente podría ser liberatorio de la obligación del deudor, si asume las características de fuerza mayor, vale decir, si constituye un acontecimiento que la persona más prevenida no pudiera haber evitado.

Cazeaux y Trigo Represas[542] señalan que la mayor parte de los autores argentinos no distingue entre caso fortuito o fuerza mayor y considera que ambos liberan de responsabilidad.[543]

En suma, para quienes sostienen esta distinción, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor son imprevisibles, pero la fuerza mayor lo es más. Esto quiere decir que un sujeto común y corriente no podría advertir la presencia o futura ocurrencia de ninguno de los dos, siendo inimputable en cualquier caso, pero un individuo más cuidadoso y previsor de lo común (es decir, un deudor extraordinario) sí podría haber previsto el caso fortuito, mas no así la fuerza mayor, la misma que es imprevisible para cualquier ser humano.

A entender nuestro, este criterio de distinción es sumamente subjetivo, ya que habría que determinar la naturaleza o perso-

[542] *Idem.*

[543] Por lo demás, es lo que resulta del Código de ese país, como principio y salvo situaciones excepcionales, como podrían ser las previstas en los artículos 1120, 2236, 2237 y 1113, este último en cuanto se refiere al riesgo o vicio de la cosa. Pero recuerdan que se admite, sin embargo, que en materia de accidentes de trabajo, y por así resultar de la Ley Argentina N.° 9688, cabe hacer distinción entre estos dos conceptos y concluir que solamente exonera de responsabilidad el acontecimiento exterior a la esfera de la empresa, o sea la fuerza mayor, según la terminología de Exner. Igual tendencia se advierte —según ellos— en el Código Aeronáutico de ese país, Decreto Ley N.° 17285, artículo 155.

nalidad de cada individuo (deudor) para saber si es más diligente de lo que se espera que sea, lo cual viene a ser de por sí un problema de probanza para el acreedor. No se evaluaría el suceso en sí solamente, sino la capacidad intrínseca de cada deudor.

(f) Por ser imprevisibles o irresistibles

Boffi Boggero,[544] Uribe Holguín[545] y Borda[546] refieren que para una corriente el caso fortuito entraña un acontecimiento imprevisible y la fuerza mayor encierra uno irresistible, pero que los efectos serían iguales.

Consideramos que esta distinción puede acarrear complejos problemas, ya que si el acontecimiento es imprevisible, pero resistible, entonces el deudor sí estaría sujeto a responsabilidad (este sería un supuesto de caso fortuito sin fuerza mayor); en tanto que si el acontecimiento es previsible pero irresistible, no cabría responsabilizar al deudor (fuerza mayor sin caso fortuito). Entonces, para efectos de responsabilidad, solo se eximiría al deudor cuando en cualquier caso exista fuerza mayor, no siendo necesario el elemento de la imprevisibilidad (caso fortuito).

(g) Por ser imprevisibles o inevitables

Cazeaux y Trigo Represas[547] y Joaquín Martínez Alfaro[548] señalan que según una corriente de opinión, algunos autores designan con el nombre de caso fortuito a los hechos imprevisibles y llaman fuerza mayor a los hechos inevitables.

[544] Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 225.
[545] Uribe Holguín, Ricardo. *Op. cit.*, p. 51.
[546] Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 117.
[547] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 413.
[548] Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 213.

Este criterio distintivo resulta muy similar al anterior, ya que inevitable, a nuestro entender, es sinónimo de irresistible.

(h) Por implicar una imposibilidad de pago relativa o absoluta

Uribe Holguín[549] anota que para algunos, el caso fortuito implica imposibilidad relativa de pagar, mientras la fuerza mayor es el hecho determinante de imposibilidad absoluta para efectuar el pago.

Si la imposibilidad es de carácter relativo, cabrían interpretaciones de diversa índole, pues dicha relatividad podría estar condicionada a elementos circunstanciales, que solamente influirían en el tiempo o forma de ejecución de la prestación, es decir, que lo relativo puede significar que el deudor se vea imposibilitado temporalmente de cumplir con su prestación o se vea impedido de cumplirla en su totalidad. En consecuencia, se relativizaría el cumplimiento, y esto incluiría la posibilidad de completar la prestación o de ejecutarla posteriormente. En cambio, si la imposibilidad reviste carácter absoluto, no hay forma de que pueda cumplirla.

18.2.2. ¿Distinción útil o inútil?

A entender nuestro, la necesidad de cualquier distinción, clasificación, división, tipología o diferenciación, se fundamenta en criterios cuya pauta está liderada por la utilidad que ello representa para los fines del Derecho. Esto quiere decir que debe verificarse qué objetivo debe cumplir la institución, dentro de una sistemática, y luego considerar la necesidad de plantearse distingos de tipo teórico, los mismos que se reflejarán posteriormente en los efectos de su aplicación.

[549] Uribe Holguín, Ricardo. *Op. cit.*, p. 51.

En el supuesto que nos atañe, esto es, el caso fortuito y la fuerza mayor, los efectos de ambas figuras serán siempre los mismos, es decir, exoneran de responsabilidad al deudor que incumple su obligación.[550] Las delgadísimas líneas divisorias entre ambos conceptos resultan, a los fines del fundamento de ambos, irrelevantes. Para determinar la responsabilidad contractual del deudor, el propio sistema provee de criterios subjetivos como culpa leve, culpa inexcusable y dolo. Más bien el problema del artículo 1315 del Código Civil antes transcrito, es delinear los presupuestos en que se libera o exime de responsabilidad al deudor. La idea es proporcionar una válvula de escape, un respiro al deudor cuando ocurren eventos en los que su voluntad no ha intervenido, es decir, eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que impidan la ejecución de la obligación a su cargo.

Dentro de este orden de ideas, resulta interesante, en términos de ejercicio intelectual, establecer diferencias conceptuales entre ambos términos, pero en lo que respecta a su utilidad jurídica podría constituir hasta un elemento de confusión y entorpecimiento de los fines que se busca alcanzar.[551]

Borda[552] señala que al acreedor le basta con probar el incumplimiento para demandar daños y perjuicios. Pero como la responsabilidad contractual está ligada a la culpa, el deudor puede eximirse de la obligación de reparar los daños y perjuicios probando que la inejecución obedece a un caso fortuito o fuerza mayor.

---

[550] La posición de Exner, que distingue el caso fortuito de la fuerza mayor, y de cuya distinción se imputa responsabilidad al deudor que incumple (si este ha incurrido en caso fortuito), constituye la excepción a lo señalado, pero siempre se mantiene en el plano teórico, no siendo recogido por la norma positiva.

[551] Ciertamente nos parece en algunos casos incluso ocioso el afán de clasificar y distinguir ambas nociones, llegando al absurdo de encontrar quienes proclaman diferencias entre el caso fortuito como el evento «extraordinario» y la fuerza mayor como el evento «más extraordinario».

[552] Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 117.

Agrega que según la clásica definición del artículo 514 del Código Civil Argentino, caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que no ha podido evitarse.

El primer problema que se presenta en esta materia, según Borda, es si caso fortuito y fuerza mayor son conceptos sinónimos o, por el contrario, designan ideas distintas. Precisa que en esta vieja cuestión ha ocurrido un hecho curioso: que mientras los autores se empeñan en mantener la distinción conceptual, la jurisprudencia y el lenguaje usual entre los hombres de leyes tienden a asignarles idéntico significado.

Giorgi[553] expresa que además de la inútil distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, los intérpretes y tratadistas quisieron hacer otras no menos inoportunas: divino, natural, humano, animal, fluvial y así sucesivamente; o bien derivado a *rebus superioribus*, *a rebus superioribus inanimatis*, *ab hominibus*, los casos fortuitos y los repentinos, los previstos y los imprevistos, los de derecho y los de hecho, etc.

Para Giorgi, estas distinciones carecen de exactitud científica y de importancia práctica. Suponiendo que un accidente sea imprevisible o inevitable —dice—, nada importa que él obedezca a las fuerzas de la naturaleza sin intervención del hombre, como el rayo, el granizo, el terremoto, los animales salvajes, la alteración natural de las cosas, o bien a un hecho del hombre, como la guerra, el bandolerismo, el robo, el hurto. Si no es imprevisible, o al menos inevitable, teniendo en cuenta las circunstancias, no será nunca, propiamente hablando, un caso fortuito.

Al respecto, Busso[554] comenta que si en determinada circunstancia el deudor realmente quisiera extender su responsabilidad más allá de

---

[553] Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, vol. II, pp. 39 y 40.

[554] Busso, Eduardo B. *Op. cit., Obligaciones*, tomo III, p. 326.

lo que le impone la ley (y tal extensión debe considerarse lícita en principio), no obsta el dogma de que no hay responsabilidad sin culpa, porque en tal supuesto el deudor voluntariamente ha querido responder también del hecho extraordinario. Pero todo depende, según Busso, de la interpretación que deba darse a la intención de las partes, y desde este punto de vista resulta efectivamente dudoso que el deudor haya querido responsabilizarse de tal modo, a menos que lo haya expresado en una forma inequívoca. Opina que por lo general, al llamado pacto de responsabilidad no se le debe atribuir otro sentido que este: que el deudor ha querido dar una especial promesa de garantía al acreedor, es decir asegurarle el éxito de la operación. Esa garantía implica que el deudor asume los riesgos que, aunque de modo imprevisible, puedan provenir de su propia empresa, pero no de los que tengan su causa en hechos ajenos a esta.

Resulta interesante la apreciación de Boffi Boggero,[555] quien enseña que las nociones estudiadas han estado históricamente vinculadas de modo íntimo con la culpa. Si bien el caso fortuito o la fuerza mayor son filosóficamente distintos, la ley les atribuye consecuencias jurídicas idénticas, de modo que la doctrina se halla acostumbrada a identificarlos. El examen de ambas figuras se realiza comúnmente en este sitio, como causas de inculpación o inculpabilidad, sin defecto de que pueda reconocerse su vínculo con la relación causal o con la justificación.

Boffi Boggero prefiere seguir el método que lo ubica como elemento de la inculpabilidad, juntamente con el error excusable —sea espontáneo, sea provocado por dolo— y la coacción física o moral, sobre todo pensando que se trata de explicar el retardo y el incumplimiento excusables, ya que el Código Argentino lo legisla a continua-

[555] Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, pp. 223 y 224.

ción del dolo y de la culpa (además el Código combina permanentemente, hasta confundirlos a veces, los elementos culpa y relación causal). El deudor diligente no cumplió y causó daño, pero por obra del caso fortuito o de la fuerza mayor lo hizo sin culpabilidad.

Compartimos las reflexiones de Boffi Boggero, mas nos sentimos inclinados hacia la contundente opinión de Giorgi,[556] quien señala que carece de significación jurídica establecer diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Además, las distinciones entre ambos conceptos, según los más autorizados romanistas, parecen irreconciliables con los pasajes textuales que los usan como sinónimos.

La tendencia dominante de la doctrina[557] y de la jurisprudencia asimila ambas nociones debido a que producen el mismo efecto jurídico: la liberación del deudor.

Como refiere Llambías,[558] la diversidad de conceptos responde a dos ideas distintas; lo fortuito proviene del azar o casualidad, que es la combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar y cuyas causas se ignoran; y la fuerza mayor alude a la acción ajena incontrastable que la voluntad del deudor no puede superar. Tal diversidad de ideas se encontraba presente en el Derecho romano y en los antiguos Derechos francés y español, pero luego de la sanción del Código Napoléon, solo los exégetas Demolombe y Marcadé siguieron insistiendo en la distinción, si bien aclarando que carecía prácticamente de interés. Llambías cita a Demolombe: «Esta distinción es, seguramente exacta [...] pero se los ve, al contrario, empleados uno

[556] Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, vol. II, p. 34.

[557] Aubry y Rau, Bonnecase, Planiol, Ripert y Esmein, Demogue, Savatier, Mazeaud y Tunc, Ripert y Boulanger, De Ruggiero, Barassi, Salvat-Galli, Lafaille, Colmo, Busso, Rezzónico, De Gásperi-Morello, Llambías, Giorgi, entre otros.

[558] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 230.

por otro y confundidos en el mismo significado, sea en los libros de jurisprudencia, sea en los textos de la ley»; y también cita a Marcadé: «Cuando se los quiere distinguir, es menester decir que el caso fortuito provendrá del hecho de otros hombres [...]. Pero esa distinción no tiene aquí ninguna utilidad».

Nada importa, en definitiva, si el evento reúne las condiciones que después anotamos, que él provenga de fuerzas de la naturaleza o de hechos del hombre, de un acto de la autoridad o de causas anónimas inherentes a la propia explotación industrial.

El caso fortuito o fuerza mayor, desde el punto de vista objetivo, es un acontecimiento extraordinario, imprevisible e inevitable. Desde el punto de vista subjetivo, se trata de un hecho en el que hay ausencia de voluntad directa o indirecta. No hay autoría moral. Y como nadie puede ser obligado sino en la medida de sus fuerzas y de su libertad, los hechos acaecidos por causas extraordinarias, imprevisibles e inevitables, extrañas a la voluntad, eximen de responsabilidad al deudor.

18.2.3. Condiciones y/o caracteres del caso fortuito o fuerza mayor

18.2.3.1. Que el acontecimiento sea extraordinario

El caso fortuito o de fuerza mayor debe revestir la característica de «anormal», es decir, las circunstancias en que se presenta deben ser extraordinarias y no ordinarias ni «normales».

Según la Real Real Academia Española, extraordinario significa: «(Del lat. *extraordinarius*) adj. Fuera del orden o regla natural o común. [...]».[559]

Algo extraordinario es, como la propia palabra lo indica, algo fuera de lo ordinario, esto es, fuera de lo común. Lo contrario a lo co-

[559] *Real Academia de La Lengua Española. Op. cit.*, tomo I, p. 623.

mún es la excepción; por ello, concluimos que se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción, lejos de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. Lo extraordinario es, pues, lo que atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos. Invade temporalmente el espacio de lo común, de lo ordinario. Vemos que este concepto va seriamente ligado a la impredictibilidad o imprevisibilidad.

A modo de ejemplo, un robo puede constituir un caso fortuito o de fuerza mayor si se presenta en circunstancias extraordinarias y no ordinarias ni «normales», como por ejemplo en el interior de una custodiada embajada, en tanto que si el suceso acaece en una zona de reputada peligrosidad, en la cual lo «normal» o habitual es que ocurran actos delincuenciales, ya el supuesto se aleja —y hasta contrapone— de lo extraordinario, no configurando la condición de fuerza mayor o caso fortuito.

Por último, no se debe confundir lo extraordinario con lo irresistible, ya que un evento puede ser imposible de resistir, pero no encontrarse al interior de la esfera de lo extraordinario. Por ejemplo, si como consecuencia de una tempestad se pierde la mercadería que viajaba a bordo de un barco, es menester determinar primero si se trata de un mar normalmente pacífico o si se trata de aguas ordinariamente asoladas por tempestades. Resulta evidente que en el primer caso sí se configuraría el presupuesto de la extraordinariedad del evento y, por ende, formaría parte del concepto de caso fortuito o fuerza mayor, eximiendo de responsabilidad a quien tiene una obligación respecto del bien dañado o perdido. En el segundo caso, en cambio, al no tratarse de un acontecimiento extraordinario, el sujeto obligado sí responde.[560]

[560] Sobre el particular, Lafaille (Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo IV, vol. I, p. 181) ex-

18.2.3.2. Que el acontecimiento sea imprevisible

La imprevisibilidad, como mencionamos anteriormente, se relaciona con el carácter de extraordinariedad. Son dos conceptos, dos características, que van juntas.

El hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. En otras palabras, el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión. Para ello debemos determinar qué constituye este factor o índice de previsión del que se parte para ingresar en el terreno de la imputabilidad.

Este punto es bastante delicado, ya que es fácil entrar en el campo de las subjetividades. Pero, por otro lado, aplicar aquí un criterio objetivo puede acarrear un desbalance desmesurado que implicaría injusticia e inseguridad. Por ello, la pregunta ¿qué es normalmente previsible?, reviste mayor complejidad de lo que a primera vista pudiera aparentar y, por tanto, amerita un análisis serio y reflexivo, diríamos que casi casuístico.

Revisemos primero algunas autorizadas opiniones que se han emitido sobre el particular.

Lafaille[561] señala que para constituir una causa oponible, se debe escapar a la prudencia media de las personas, por lo que de aplicarse

presa que las crecientes en determinadas regiones, como la sequía en otras; los aludes o los deshielos en algunas, suceden con tal frecuencia, que dentro de una previsión común debe contarse con ellos, lo mismo que con las invasiones de langosta en las zonas agrícolas. Para exonerar de responsabilidad, deben exceder de esos límites y asumir excepcional importancia.

[561] Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo IV, vol. I, p. 181.

esta última cualidad al cumplimiento de los compromisos, no podría invocarse tal excusa, pues el caso fortuito debe ser inopinado. El mismo autor sostiene que cabe decir lo propio de aquellas hipótesis en que no es dado impedir sus consecuencias, aunque hubieran podido ser tomadas en cuenta.

Por su parte, Boffi Boggero[562] añade que el carácter de la imprevisibilidad indica que el acontecimiento no es razonablemente previsible, lo que surge de una serie de elementos de hecho que debe computar equilibradamente el órgano jurisdiccional: naturaleza de la obligación, intención de las partes, circunstancias de personas, tiempo y lugar, etc.

Ospina Fernández[563] indica que la misma expresión «caso fortuito» denota idiomáticamente un acontecimiento extraño, súbito e inesperado. Por tanto, si el hecho ya existía al tiempo del contrato y era conocido o cognoscible por un deudor diligente, o si este razonablemente hubiera podido preverlo en el futuro, por ser acontecimiento normal o, a lo menos, de frecuente acaecer, la ocurrencia de ese hecho no constituye caso fortuito ni libera la responsabilidad, bien sea porque el deudor, habiendo podido preverlo, ha incurrido en culpa al no tratar de conjurarlo, o bien porque ha procedido temerariamente al obligarse en tales condiciones.

Al igual que Boffi Boggero, Ospina Fernández opina que esta imprevisibilidad del caso fortuito es una cuestión de hecho que el juez debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento o, por el contrario, su rareza y repentividad: si tal acontecimiento

[562] Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, pp. 226 y 227.

[563] Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1987, pp. 117-119.

es frecuente y, más aun, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito, porque el deudor razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo, de no creer que podría evitarlo. Y, por el contrario, si se trata de un acontecer de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico.

Ospina Fernández señala que algunos ejemplos y aplicaciones muestran el uso del preindicado criterio de apreciación que suelen hacer de modo riguroso la doctrina y jurisprudencia.[564]

[564] «El incendio, el hurto, el robo, la muerte de los animales, la pérdida de las cosechas, etc., son hechos en general previsibles y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor porque dejan incierto si depende o no de la culpa del deudor». «Si el accidente es irresistible, pero debió preverse, tampoco habrá caso fortuito. Ejemplo, cualquiera fuerza física o moral a que no puede resistirse, pero que pudo evitarse en sus consecuencias». «La medida tomada por un decreto debió ser prevista si había llamado antes la atención del legislador y si ya varias veces el gobierno había propuesto su aplicación[...]; en las minas de carbón la frecuencia de las huelgas implica el deber de preverlas; no se debe considerar como caso fortuito un accidente ordinario y frecuente, como es la enfermedad de la vid, que el hacendado debe esperar; la agresión a un viajero en un vagón es un hecho tan frecuente que la compañía debía preverlo, y hasta la guerra o la revolución que en ciertos países son endémicas constituyen casos ordinarios y previsibles a los que las personas que comercian con esos países están habituadas. En materia de transporte terrestre, en caso de congestión, una de las condiciones para que los tribunales reconozcan un caso de fuerza mayor, es la de que haya sido por circunstancias anormales y no del hecho que se reproduzca periódicamente cada año, tales como el transporte de frutas de cidra en el otoño en ciertas regiones». Recuerda que también hay hechos, en sí mismos, que a priori aparecen como previsibles porque son ordinarios: son los riesgos inherentes a un negocio, a tal punto que el deudor, a menos de incurrir en culpable negligencia, no puede dejar de considerar y contemplarlos. «Hay eventualidad, por cuyas circunstancias o la naturaleza del contrato, imponen su previsión: la escasez o el encarecimiento de un producto; un accidente de máquinas; en el transporte marítimo la detención del navío en un puerto por razones sanitarias; la sequía; la enfermedad de la vid; la ocurrencia de una huelga en operación a largo término; la variabilidad de los ingresos causante de la dificultad y la ruina del empresario de un casino o de una fábrica».

Siendo la imprevisibilidad elemento esencial del caso fortuito, Ospina Fernández manifiesta que tal elemento ha de apreciarse singularmente en cada situación concreta; el criterio para el efecto debe ser la rareza y repentinidad del evento, pues ha de partirse del supuesto de que una persona diligente y cuidadosa en sus negocios debe prever los hechos normales, o frecuentes, o probables, según la naturaleza de dichos negocios, máxime si ella se ocupa habitualmente en estos, en forma que, al obligarse, es de presumir que asume los riesgos inherentes a ellos y que espera superarlos, ya que en el ordenamiento civil colombiano no tiene acogida la teoría de la imprevisión.[565] Agrega que cabalmente, por no ser aceptable esta teoría, por minar la seguridad de los actos jurídicos y del comercio, la doctrina y la jurisprudencia se muestran bastante rigurosas en la calificación como casos fortuitos a hechos que, mirados con un criterio simplista, aparentarían ser tales, como el incendio, el hurto, el robo, la muerte de los animales, las sequías, las pérdidas de cosechas, los actos legislativos o de autoridad destinados a remediar situaciones sociales anómalas y de duración suficiente para esperar esas medidas, las crisis en enfermedades crónicas del deudor, las huelgas en ciertos sectores económicos, los atracos en lugares afectados por perturbaciones del orden público, el encarecimiento de bienes y servicios causado por devaluaciones monetarias, etc.

Concluye el autor colombiano señalando que es obvio que la imprevisibilidad, ponderada como elemento constitutivo del caso for-

[565] La teoría de la imprevisión consiste en presumir que el deudor se ha obligado en exclusiva consideración a las circunstancias existentes al momento de contraer la obligación *(rebus sic stantibus)*. Con base en este criterio, dicho deudor podría ser exculpado de la inejecución de su obligación si tales circunstancias varían posteriormente tornando más oneroso o difícil el cumplimiento de la prestación a su cargo. La excesiva onerosidad de la prestación constituye un caso de imprevisión, pero ciertamente no configura caso fortuito o de fuerza mayor.

tuito exonerante de responsabilidad, solo suscita dudas cuando no se sabe si el deudor pudo o no prever el acontecimiento, pues si aparece que este sí fue previsto, pero que dicho deudor creyó poder sobreponerse a él, la conclusión ineluctable es la de que el deudor debe responder por haber obrado a sabiendas y con temeridad.

En cuanto a la aptitud del deudor para prever el hecho que obsta al cumplimiento de la obligación, Llambías agudamente señala que no se trata de pedirle a este una dosis adivinatoria de lo que podría acontecer, sino que haya empleado todas las precauciones ordinarias, pues de no hacerlo habría culpa de su parte. Refiere que, en este sentido, los tribunales «han decidido que no son imprevisibles los hechos que derivan de acontecimientos normales, como la rotura de un caño subterráneo causada por la presión del tránsito en el lugar, el derrumbe del parapeto de una azotea provocado por una tormenta, la rotura de la dirección de un automóvil, o del eje de un vehículo, o el desprendimiento del aro de una de sus ruedas, o la caída de un sifón de un carro. Asimismo se ha estimado que la hidrofobia de un perro es un hecho previsible».[566]

También Alterini, Ameal y López Cabana,[567] al tratar acerca del requisito de imprevisibilidad, consideran que el hecho es imprevisible cuando el deudor no lo puede prever, a pesar de haber actuado con la prudencia, diligencia y capacidad de previsión que son exigibles al hombre medio.

Vemos que la imprevisibilidad camina al lado de los deberes de diligencia, prudencia, cuidado. Esto quiere decir que el evento no solo debe revestir la objetividad en sí mismo como hecho extraordinario, lo cual se demuestra sin mayores problemas al analizar la frecuencia o habitualidad del suceso, sino que además se requiere del elemento inherente al individuo, relativo a la conducta diligente que se espera de él.

[566] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 232 y 233.

[567] Alterini, Atilio Aníbal, Óscar José Ameal y Roberto López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 391.

Esa conducta puede referirse a un patrón *standard* objetivo del hombre medio (exigiendo al agente que actúe con la diligencia o prudencia común a cualquier hombre), o ser de corte subjetivo, como evaluar las posibilidades de previsión del deudor en cada caso específico, es decir, atendiendo a las condiciones personales del agente. La capacidad humana de previsión no es ilimitada, y ciertamente las limitaciones varían de un sujeto a otro. No se puede exigir o siquiera esperar el mismo nivel de previsión respecto de la posibilidad de un especialista que de un neófito en la materia.

Creemos, en suma, que independientemente del criterio objetivo de la diligencia o cuidado *standard* o común a cualquier hombre (esto como punto de partida o eje básico), también se debe evaluar las circunstancias particulares de cada caso, ya que, reiteramos, no se puede exigir la misma dosis de previsión a todos por igual, pudiendo en algunos casos ampliarla y en otros estrecharla, en función a la naturaleza de la obligación, conjuntamente con las cualidades personales del incumpliente.

18.2.3.3. Que el acontecimiento sea irresistible

El que un evento sea irresistible[568] quiere decir que la persona (en este caso el deudor) es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento.

[568] Según la Real Academia Española, irresistible es lo que no se puede resistir, y resistir es «Oponerse un cuerpo o una fuerza a la acción o violencia de otra. 2. Repugnar, contrariar, rechazar, contradecir. 3. Tolerar, aguantar o sufrir. 4. Combatir las pasiones, deseos, etc. 5. Bregar, forcejear». (*Real Academia de La Lengua Española. Op. cit.*, tomo II, p. 1179).

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

Un factor de suma relevancia es el económico, por ejemplo. Para un deudor con recursos es más factible —en determinados casos— afrontar un obstáculo, que para otro que carece de ellos. La imposibilidad, entonces, muchas veces resulta relativa. Va a depender, una vez más, de las condiciones personales del deudor, situación que se debe evaluar a la luz de un criterio que no adolezca de estrechez.

Ciertamente, hay casos en los que la irresistibilidad es común para todos, siendo indiferente las distintas cualidades intrínsecas a cada individuo. Es el caso del impedimento de fuerza mayor derivado de una ley de carácter general. Aquí, si se prohíbe, por ejemplo, la importación de bicicletas a fin de favorecer la industria nacional, el deudor de un lote de este producto que se obligó a importarlo no podrá cumplir con su prestación, y será inimputable por dicha inejecución. Claro que en este supuesto (como en todos) debe concurrir el factor imprevisibilidad, ya que si el agente conocía o tenía los elementos necesarios para conocer la probabilidad de la dación de esta norma imperativa (difusión en los periódicos, noticieros, etc.), entonces será responsable ante su acreedor.

Si un agente se obliga a acudir a una importantísima conferencia, en calidad de ponente principal, y esta conferencia va a tener lugar en una ciudad que siempre se encuentra sumergida en neblina y por tanto es muy frecuente que el aeropuerto cierre sus pistas de aterrizaje, entonces ciertamente si el avión no aterriza por causa de la falta de visibilidad estaremos ante un evento irresistible (ya que el pasajero conferencista no puede evitarlo), pero siendo perfectamente previsible, no se configura el caso fortuito o de fuerza mayor, puesto que debió tomar sus precauciones y reservar más de un vuelo. En este

caso, entonces, el deudor será responsable de su incumplimiento si no llega a la conferencia.

Boffi Boggero[569] señala que lo irresistible es lo inevitable, elemento fundamental desde que tanto lo previsible cuanto lo imprevisible exime al deudor si resultan inevitables. Es evidente, según Boffi Boggero, que lo inevitable va implícito en lo imprevisible. Por ello, si al contraer la obligación el deudor sabía que el acontecimiento irresistible debía producirse según el curso ordinario y natural de las cosas, estamos en el campo de la responsabilidad porque el acontecimiento era previsible.

En este sentido, Ospina Fernández[570] indica que así como la expresión caso fortuito traduce la necesaria imprevisibilidad de su ocurrencia, la de fuerza mayor, empleada como sinónima de aquella en la definición legal colombiana, relieva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: el ser fatal, irresistible, incontrastable hasta el punto de que el deudor no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. Si este, a sabiendas, embarca lo debido en nave averiada que zozobra; si temerariamente se expone a la acción del enemigo o de bandoleros que operan en una comarca perturbada por la violencia; si conoce ilícitos que lo coloquen a merced de la autoridad; si no toma las medidas indispensables para evitar el inminente incendio o la inundación de la propiedad arrendada, etc., incurre en falta excluyente del caso fortuito, a pesar de que tales hechos puedan ser calificados en sí como extraños y dominadores. Anota que no hay fuerza mayor cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente. La misma expresión fuerza mayor está indicando, según Ospina

---

[569] Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 227.
[570] Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 120 y 121.

Fernández, que este debe ser insuperable, que debe hacer imposible el cumplimiento de la obligación objetivamente considerada y no con relación a las condiciones particulares del deudor.

Añade que el principio general de Derecho, conforme al cual no hay obligación a lo imposible *(ad imposibilia nulla obligatio est)*, preside tanto el nacimiento de las obligaciones como su extinción por caso fortuito. La imposibilidad del objeto de un acto jurídico, proveniente de ser las prestaciones del mismo contrarias a las leyes de la naturaleza, o a las normas legales imperativas, o al orden público, o a las buenas costumbres, es causal de ineficacia de dicho acto, bien sea porque el vínculo jurídico no puede formarse sobre un objeto físicamente imposible, como la entrega de un ser mítico o tocar el cielo con la mano, o bien por la ilicitud de tal objeto, o sea por su imposibilidad moral, como cuando se estipula la comisión de un delito, lo que apareja la nulidad absoluta de ese pacto. De la propia manera, agrega, si después de nacida una obligación válida, su cumplimiento se hace imposible a consecuencia del hecho extraño imprevisto y que supera la buena intención y la diligencia del deudor, dicha obligación se extingue, quedando este último liberado de responsabilidad frente al acreedor, quien así corre el riesgo del caso fortuito.

Sin embargo, el mismo autor señala que la ponderación de la imposibilidad de la prestación debida para determinar la extinción de la obligación requiere mayores precisiones. Dicha imposibilidad ha de ser absoluta: si el deudor pudo evitar el hecho o superar sus consecuencias, realizando mayores esfuerzos y sacrificios, el incumplimiento le es imputable y compromete su responsabilidad. Igualmente, la imposibilidad debe ser permanente y no meramente transitoria: si el obstáculo solo reviste esta última característica, libera al deudor de la correspondiente indemnización moratoria, pero no de ejecutar la prestación debida una vez que haya desaparecido el obstáculo para hacerlo.

Alterini, Ameal y López Cabana[571] señalan, refiriéndose al requisito de irresistibilidad, que esta se da cuando el deudor no puede evitar el acaecimiento del evento, no obstante realizar todos los esfuerzos posibles. En tanto la irresistibilidad se refiere al hecho mismo, la imprevisibilidad antes mencionada versa sobre su causa generadora.

En suma, podemos decir que si el deudor, considerado dentro de la circunstancia que le es propia, es decir, atendiendo a sus condiciones y/o limitaciones personales en relación con la naturaleza del impedimento, no ha sido capaz de resistir el evento que impide el cumplimiento de la obligación a su cargo, y además no ha podido preverlo, es inimputable y, por tanto, estará libre de responsabilidad.

18.2.3.4. Que el acontecimiento constituya un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación

Ya hemos analizado las características del evento en sí mismo, para considerarlo caso fortuito o de fuerza mayor. El acontecimiento tiene que revestir las condiciones de extraordinario, imprevisible e irresistible. Reuniendo estas calidades, el hecho configura el concepto.

Sin embargo, tiene que existir una conexión causal entre el evento y la inejecución, lo que equivale a decir que el caso fortuito o de fuerza mayor debe impedir al deudor la ejecución o determinar el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la prestación a que está obligado. En otras palabras, la incidencia entre el acontecimiento y el incumplimiento debe ser directa. Y este impedimento debe ser absoluto, ya que si no lo impide y solo lo obstaculiza en términos relativos, no libera al deudor de responsabilidad, pues no se produce la fractura del nexo causal de responsabilidad.

---

[571] Alterini, Atilio Aníbal, Óscar José Ameal y Roberto López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, pp. 391 y 392.

Si el caso fortuito o de fuerza mayor no impiden absolutamente el cumplimiento del deudor, entonces se trataría solamente de un evento de alguna forma aislado, ya que no configuraría en realidad el presupuesto del caso fortuito o de fuerza mayor, al menos para el incumplimiento del que venimos tratando.

Debe, pues, sobrevenir la imposibilidad absoluta de cumplir la prestación, de modo que si el cumplimiento fuese posible en parte, esta deberá cumplirse de todas maneras. Cuando no se hace imposible el cumplimiento de la prestación, sino que se la transforma en una excesivamente onerosa, se está frente al fenómeno de la imprevisión, pero no ante el caso fortuito o fuerza mayor.

Alterini, Ameal y López Cabana,[572] al tratar acerca del requisito de insuperabilidad, señalan que este significa que, como consecuencia del hecho acaecido, al deudor le sea absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación; y tal característica diferencia al caso fortuito de la imprevisión, ya que en esta el cumplimiento no es imposible sino solo muy dificultoso.

De igual parecer es Llambías, quien también considera que no se trata de un caso fortuito aquel que con las demás características del caso fortuito, no obste al cumplimiento, sino solamente lo torne «dificultoso», ya que mientras exista una posibilidad de cumplir subsiste el deber del obligado y la consiguiente responsabilidad por la inejecución.[573]

Ahora bien, ¿qué es imposible y qué es solo dificultoso? Estos términos también revisten una cierta ambigüedad, ya que hay casos en que para algunos el cumplimiento deviene en extremadamente difi-

[572] *Ibidem*, p. 391.

[573] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 236.

cultoso, mientras que para otros es imposible. Es decir, ¿cuál es el límite de esta imposibilidad absoluta? Volvemos, en este punto, a nociones ya recurridas a lo largo de nuestro análisis: debe haber exención de culpa, es decir, el deudor debe realizar todo cuanto le sea posible para cumplir sus obligaciones. Su diligencia está en observación. Esta exigencia es sumamente alta, ya que en determinadas situaciones el esfuerzo del deudor, en caso de presentarse un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que dificulte ostensiblemente el cumplimiento de su obligación (pero que no lo impida en forma absoluta), será desproporcionado en relación con la prestación en sí misma, es decir, que su costo se habrá elevado (para él) en términos de dedicación, dinero y/o esfuerzo de manera desmesurada. No obstante, tal exigencia es considerada válida en una sociedad basada en la autonomía de la voluntad, en la cual se otorga una importancia vital a los contratos *(pacta sunt servanda)*.

Llambías[574] señala que en este sentido la excesiva onerosidad del pago no constituye un caso fortuito, pero puede dar lugar a la rescisión del contrato originario de la obligación que se ha tornado excesivamente gravosa para el deudor,[575] por la vía de la teoría de la imprevisión, y que al respecto la jurisprudencia ha decidido que no configuran caso fortuito o de fuerza mayor: el aumento de las tarifas ferroviarias u otras dificultades en el transporte, el establecimiento de un impuesto a la exportación que recarga sobremanera la prestación comprometida sin impedir que se cumpla, la escasez de película virgen en el mercado —pero si la existencia de ese material se ha agotado en plaza y su adquisición es imposible, hay caso fortuito—.

[574] *Idem*.

[575] Para el sistema peruano, la excesiva onerosidad de la prestación no da lugar a la rescisión del contrato sino a una posible resolución del mismo o a la reducción o ámbito de la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad (artículo 1440 del Código Civil).

En efecto, no se trata de avalar un desbalance de las prestaciones entre deudor y acreedor, en claro perjuicio del deudor, a quien un evento imprevisible, extraordinario e irresistible ha colocado en situación de extrema dificultad para cumplir con su prestación. Para este tipo de eventualidades existen figuras como la excesiva onerosidad de la prestación, regulada por nuestro Código Civil a fin de recuperar el equilibrio de las prestaciones —siempre en función a los términos del contrato—. Pero en cuanto al tema que nos atañe, el caso fortuito o fuerza mayor, como presupuestos de exención de responsabilidad por inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, necesariamente debe contener la imposibilidad absoluta y no relativa de cumplimiento.

18.2.3.5. Que el acontecimiento sea actual

El evento no debe ser potencial, es decir, no debe entrañar un peligro, sino debe ser actual, vale decir, que ya ha acontecido al momento en que corresponde al deudor ejecutar su prestación.

No basta, pues, un hecho simplemente posible.

Así, la sola amenaza de un boicot no entraña un caso de la figura que estamos analizando.[576]

En tal sentido, Alterini, Ameal y López Cabana[577] anotan, al referirse al requisito de actualidad, que se debe tratar de un acontecimiento actual y presente, ya acaecido o que acaezca al momento del

[576] Citado por Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 227. También véase Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones*, tomo I, p. 235.

[577] Alterini, Atilio Aníbal, Óscar José Ameal y Roberto López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 392.

incumplimiento; no reviste tal característica cuando se presenta con posterioridad a la época predicha ni alcanza con que sea solo inminente.

Para que se configure un impedimento, este debe ser real, inobjetable, cierto; debe existir en el momento presente, ya que de lo contrario solo se estaría hablando de eventualidades, de posibilidades, y hasta de suposiciones.

Ahora bien, el hecho de que no se admita que el evento se encuentre en el terreno de la posibilidad, no quiere decir que no se tomen en consideración las circunstancias particulares de cada caso. Hay amenazas y peligros que surgen en forma extraordinaria, y aunque no se hayan producido estrictamente hablando, su inminencia y riesgo a la persona del deudor o a la colectividad sí son reales. Por ejemplo, si se sabe que va a haber un huracán en el transcurso de las próximas dos horas —este conocimiento llegó con posterioridad a la asunción de la obligación y justamente en el momento en que debía ejecutarse la prestación—, y hay una conferencia programada en ese mismo lapso, en el piso decimoquinto de un edificio en Miami con vista al mar, el expositor podría negarse a presentarse. No sería razonable someterse a semejante peligro.[578]

18.2.3.6. Que el acontecimiento sea sobreviniente

El evento debe suceder con posterioridad al nacimiento de la obligación, es decir, debe ser sobreviniente a la constitución de ella.

[578] La doctrina observa que en la estimación de este requisito deben valorarse prudentemente las circunstancias, lo que lleva a aprobar la conducta del director de un teatro que suspende la función por haberse producido en la calle manifestaciones hostiles contra el autor de la pieza a representar (caso Lamoreux, resuelto por la Corte de Casación Francesa el 3 de diciembre de 1890, D. 1892.1.127). Anotan los autores, que en aquel caso se invocó eficazmente la fuerza mayor, por no ser razonable que para

La razón de este requisito es muy simple, ya que si dicho impedimento existía en la época del nacimiento de la obligación, esta nunca se constituyó válidamente por imposibilidad de su objeto.[579]

18.2.3.7. Que el acontecimiento sea un hecho extraño a la voluntad del deudor

Si el acontecimiento deriva de la actividad voluntaria del deudor, es decir, si se relaciona con su persona, se ingresa al terreno de la responsabilidad, ya que sería injusto que dicho deudor pretendiese desligarse de tal responsabilidad respecto de las derivaciones de algo que le atañe o concierne.

Una primera precisión al respecto, gira alrededor de lo que se considera como actos o hechos derivados de la voluntad del deudor. La voluntad del deudor debe encontrarse ausente, y no así su persona directamente, pues hay hechos que tienen directa relación con la persona física del deudor y que impiden el cumplimiento de la prestación a su cargo, pero no forman parte de su voluntad. Es el caso de la enfermedad contraída en forma involuntaria,[580] la cual es un hecho

ello hubiera que esperar la invasión y destrucción de la casa por la multitud enardecida, máxime si el deudor, al cerrar el teatro, hacía con ello sacrificios considerables.

[579] Como sabemos, el objeto del acto jurídico debe ser posible, ya que lo contrario acarrea su nulidad:
Artículo 140.- «El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:
1. Agente capaz.
2. *Objeto física y jurídicamente posible.*
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad».

[580] Se puede pensar *a priori* que toda enfermedad se contrae involuntariamente, pero ciertamente ello no es así, ya que no resulta inverosímil que se presente el caso de que un deudor, deseoso de incumplir su obligación y exonerarse de responsabilidad (aquí habría dolo), o en forma simplemente imprudente (culpa), permita el contagio de algun virus que le impida cumplir. Por ejemplo, el deudor de una prestación de hacer que revista la calidad de *intuitu personae* podría exponerse a un contagio innecesario y

ajeno a él (a su voluntad), configurando caso fortuito. También un accidente al cual se expuso en forma involuntaria constituye caso fortuito, salvo que voluntariamente y a sabiendas del riesgo se hubiese expuesto.[581]

En síntesis, el acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor debe originarse en una causa extraña a su libre voluntad. Se trata, pues, de un hecho que no proviene directamente de su persona, ni tampoco de un acto que él no realice en uso de su libertad, discernimiento, conciencia, voluntad o intención.

Para que el acontecimiento se configure como caso fortuito o fuerza mayor es necesario que él sea imprevisto e irresistible para el deudor y, además, independiente de su voluntad. La imprevisibilidad e irresistibilidad le conceden el atributo adicional de extraordinario.

Pero, ¿las características de imprevisibilidad e inevitabilidad funcionan concurrentemente? ¿Es necesario, acaso, que el deudor no haya previsto y que además no haya podido resistir? ¿O basta, en caso que haya sido previsto el acontecimiento, que sea inevitable?

caer en cama. La diligencia también debe observarse en estos casos. Un cantante que dos días antes de su actuación se va a patinar sobre hielo o a esquiar es negligente. En estos casos sí estaría comprometido a responder.

[581] Se entiende que no toda actividad calificada como riesgosa se considera como causa de imputabilidad, pues conducir un automóvil (para la responsabilidad extracontractual objetiva) se considera riesgoso, pero no se puede pretender que el deudor se abstenga de conducir, ya que ello constituye práctica común. Se debe tratar de actividades fuera del ámbito de lo cotidiano en términos generales y también personales relativos al deudor. Un bombero estaría exento de responsabilidad por accidente derivado de su actividad como tal, pero no así el caso de un individuo común que no tiene costumbre de realizar tales actividades. Si un pintor obligado a pintar un retrato en el lapso de un mes decide probar técnicas de karate, y como resultado de ello se rompe un hueso de la mano con la que trabaja sus pinturas, sí habría sido negligente y su incumplimiento sería imputable.

La Corte de Casación Francesa es enfática al exigir el concurso de las dos condiciones. Colin y Capitant,[582] Planiol y Ripert,[583] Henri, Léon y Jean Mazeaud,[584] Salvat,[585] y Alessandri y Somarriva[586] comparten el mismo criterio.

Giorgi[587] define el caso fortuito como «un acontecimiento independiente del hecho del deudor, no previsible o por lo menos no evitable, por efecto necesario del cual el deudor se ha encontrado en la imposibilidad de cumplir total o exactamente la obligación», aunque después le atribuye las características de imprevisibilidad e irresistibilidad.

Josserand,[588] por su parte, afirma que «sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor [...]».

Alfredo Colmo[589] expresa que el caso fortuito o fuerza mayor consiste en el hecho de que el deudor no cumpla su obligación «por virtud de obstáculos insuperables, ya por imprevisibles, ya por inevitables». Esta definición coincide, además, con el texto del artículo 514 del Código Civil Argentino («[...] el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse»).

---

582 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso Elemental de Derecho Civil.* Traducido por Demófilo De Buen y puesto al día por M. Battle. Cuarta Edición, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1960, tomo III, p. 26.

583 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, Segunda Parte, tomo VII, p. 154.

584 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, Segunda Parte, vol. II, p. 319.

585 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 154.

586 Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit.*, tomo III, p. 184.

587 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, vol. I, p. 36.

588 Josserand, Louis. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 341.

589 Colmo, Alfredo. *Tratado teórico práctico de las obligaciones en el Derecho Civil argentino. De las obligaciones en general.* Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez Bernardo de Irigoyen, 1920, tomo I, p. 91.

Y Héctor Lafaille[590] participa de los mismos conceptos: «Cabe decir lo propio de aquellas hipótesis en que no es dado impedir sus consecuencias, aunque hubiera podido ser tomado en cuenta».

La fórmula más adecuada parece ser la primera, aquella que exige la concurrencia de los elementos de imprevisibilidad e inevitabilidad para el deudor, aun cuando Calixto Valverde y Valverde piense, en nuestra opinión sin fundamento, que el hecho inevitable es siempre imprevisto. «Basta decir que el hecho es inevitable, para estar comprendido el concepto de imprevisto, ya que la inevitabilidad o irresistibilidad comprende forzosamente la hipótesis del hecho que escapa a toda previsión humana».[591]

Aclaremos que la previsión debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación, a diferencia de la resistibilidad que se presenta al momento de cumplirla. Si el acontecimiento fuera irresistible desde el momento en que se contrajo la obligación, el acto jurídico sería nulo a tenor del artículo 219, inciso 3), del Código Civil, porque tendría objeto imposible.[592]

Señala la doctrina que en la práctica se presentan numerosos casos en los cuales la existencia o inexistencia del caso fortuito o fuerza mayor puede ser materia de dudas. Como regla general, se puede decir que desde el momento que falte cualquiera de las condiciones, el caso

---

590 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, p. 182.

591 Valverde y Valverde, Calixto. *Tratado de Derecho Civil español.* Valladolid: Talleres Tipográficos Cuesta, 1920, tomo III, Parte Especial, p. 91.

592 Artículo 219.- «El acto jurídico es nulo:
[...]
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable».
Este precepto concuerda con el artículo 140 del mismo cuerpo legal, ya citado, en el que se define y enumera los requisitos de validez del acto jurídico».

fortuito o la fuerza mayor no existen. Así, Raymundo M. Salvat[593] cita los siguientes ejemplos:

(a) Inejecución de una obligación en el tiempo convenido, alegándose como caso fortuito o de fuerza mayor la disminución de las horas diarias de despacho aduanero y descarga con motivo de epidemia. Esta disminución de horas podría —según Salvat—, evidentemente, dar lugar a dificultades, pero no constituiría un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación dentro del plazo estipulado, justificándose por esto que la defensa de caso fortuito o fuerza mayor fuese desestimada.

(b) En opinión de Salvat, no constituyen tampoco un caso fortuito o de fuerza mayor, las dificultades que hayan sobrevenido a una sucesión, para proveerse de fondos para efectuar el pago de las obligaciones del causante, pues no hay tampoco en esta hipótesis obstáculo insuperable.

(c) Igualmente —dice Salvat—, la imposibilidad para una empresa de transportes, especialmente para las compañías de ferrocarriles, de efectuar en condiciones regulares el transporte de todas las cargas a consecuencia de un exceso de producción, no constituye un caso fortuito o de fuerza mayor. Recuerda que la jurisprudencia de los tribunales argentinos se ha pronunciado en este sentido y esta jurisprudencia debe, en su opinión, ser mantenida: 1° porque el exceso de producción puede constituir una dificultad para el transporte regular de todas las cargas, pero no constituye un obstáculo insuperable, que haga materialmente imposible la ejecución de la obligación dentro de los plazos reglamentarios; 2° porque ella consulta debidamente los bien entendidos intereses económicos del país. Agrega que dentro de un orden de ideas semejantes, se ha juzgado también que la insuficiencia del material rodante en razón de la imposibilidad de reponerlo por las dificultades de la guerra, tampoco constituye un caso fortuito o de fuerza mayor; y con mayor razón faltando esa circunstancia.

(d) Tampoco debe admitirse —según Salvat— la existencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, al menos en principio y salvo circunstancias especiales, en la hipótesis de roturas o descomposturas de máquinas o en el de estallido de calderas. No puede decirse que se trate de hechos absolutamente imposibles de prever ni que constituyen obstáculos insuperables, pues los progresos de la industria permiten cada día más prever y evitar esta clase de accidentes.

(e) En cuanto a la muerte, expresa Salvat que no hay posibilidad de afirmar una solución general. Siempre que concurran los requisitos necesarios para configurar el caso fortuito o de fuerza mayor, la muerte puede constituirlo.

Como es obvio, señala la doctrina, todos los acontecimientos que no reúnen los caracteres ya analizados para configurar el caso fortuito o la fuerza mayor, no son susceptibles de esa calificación, aunque muchas veces los particulares los hubiesen alegado en su descargo. Los tribunales han resuelto, con ese criterio, que no hay *casus* en la disminución de las horas diarias de despacho en las aduanas y de descarga con motivo de una epidemia, porque no se trata de un obstáculo insuperable; que no lo hay en las dificultades para obtener fondos con los cuales pagar las obligaciones contraídas por el causante; que tampoco hay caso fortuito o fuerza mayor en el exceso de producción que impide a las empresas de transportes cumplir regularmente con las cargas; ni cuando acontece el embargo de un tercero que afecta con deudas al vendedor; ni en el caso de rabia contraída por el perro; ni en los casos de roturas o descomposturas de máquinas o es-

[593] Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, pp. 166-168.

tallidos de calderas en hipótesis corrientes; ni en el hundimiento de las paredes por deficientes condiciones del subsuelo; ni en la muerte, salvo casos especiales; etc.

En síntesis, consideramos que el primer requisito, el de la previsión, se exige bien porque el deudor no previó lo que debía, bien porque habiendo previsto el acontecimiento se obligó a algo que presumiblemente iba a ser imposible. En este caso el acontecimiento es imputable al deudor, pues equivale a un hecho suyo.

Pero la previsibilidad no debe apreciarse en abstracto, porque si no prácticamente todo acontecimiento sería previsible y no existiría, por tanto, el caso fortuito o de fuerza mayor.

El acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que él va a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, considerando todas las circunstancias de la obligación. La rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, configuran el elemento de imprevisibilidad del caso fortuito o de fuerza mayor.

El segundo requisito, el de la irresistibilidad, supone la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aun cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor; la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria. Para decidir la imposibilidad del cumplimiento no debe apreciarse la situación personal del deudor, sino la situación de una persona común ubicada en las mismas circunstancias, prescindiendo de la mayor onerosidad de la prestación o de sus medios económicos: la imposibilidad relativa, consecuencia de la debilidad de los medios de acción de que dispone el deudor y que no existirían para cualquier otra persona colocada en situación similar, no tiene fuerza liberatoria.

Evidentemente, esto último no es tajante y ciego. Es la premisa de que se parte, a fin de no relativizar cada situación en perjuicio del acreedor. No obstante, sí creemos, como ya lo hemos indicado, que se hace necesario efectuar una evaluación de la situación particular de cada deudor, a fin de elevar o rebajar el *standard* de conducta esperada. No se puede exigir el mismo nivel de diligencia a un profesional y especialista en la materia que a un neófito.

Las características de imprevisibilidad e irresistibilidad constituyen simples derroteros para el juez, pues su facultad de apreciación en esta materia es muy amplia: depende de todas las circunstancias del caso analizado. Lo que en ciertas oportunidades es caso fortuito o fuerza mayor, en otras no lo es.

Ciertamente es posible enumerar múltiples hechos que aisladamente pueden configurar caso fortuito o de fuerza mayor, como los terremotos, las heladas, las tempestades, el rayo, las lluvias, los maremotos, los sunamis, el granizo, las inundaciones, las crecidas, los huracanes, los tornados, los ciclones, el incendio (causado por transmisión), los meteoritos, las sequías, las olas de calor. También las leyes emanadas de la autoridad, la expropiación, la requisa, las prohibiciones. La enfermedad del deudor. El hecho determinante de un tercero que impida al deudor cumplir. Los paros armados, las huelgas, el cierre de vías de acceso. La guerra. Los accidentes que bloqueen el camino. Los ejemplos pueden ser múltiples, pero solo configurarán caso fortuito o de fuerza mayor si revisten las características de imprevisibilidad, extraordinariedad e irresistibilidad; si constituyen el nexo causal adecuado y absoluto para el incumplimiento; si son actuales; si son sobrevinientes a la constitución de la obligación; y si son ajenos a la voluntad del deudor. Siempre, pues, dependerá del caso concreto analizado, y tomando como referencia y punto de partida el contrato.

18.2.4. Clasificación del caso fortuito o de fuerza mayor

Se observa de los autores consultados, hasta tres criterios clasificatorios del tema que ahora nos ocupa, a saber:

18.2.4.1. Según si fueren ordinarios o extraordinarios

Algunos tratadistas clasifican los casos fortuitos o de fuerza mayor en ordinarios y extraordinarios.

El caso fortuito o de fuerza mayor ordinario es el acontecimiento que racionalmente puede admitirse como posible, sin estar en aptitud de precisarse, sin embargo, cuándo va a ocurrir. Es posible que suceda, pero no hay razón para suponer que ocurrirá justamente impidiendo el cumplimiento de la obligación.

El caso fortuito o de fuerza mayor extraordinario es aquel que no había podido suponerse que ocurriera. El acontecimiento es, pura y simplemente, imprevisible.

Una tempestad en los lugares en que suele suceder no sería un caso fortuito o de fuerza mayor extraordinario. Si sucede en lugares donde no suele ocurrir sí configuraría un caso fortuito o de fuerza mayor extraordinario. Una tempestad en los lugares en que nunca ha ocurrido sería un caso fortuito o de fuerza mayor extraordinario. El asalto en un lugar regularmente concurrido sería un caso fortuito o de fuerza mayor ordinario. El asalto a una estación de policía ubicada en una calle céntrica de Lima, al mediodía, sería, a no dudarlo, extraordinario.

La apreciación del caso fortuito o de fuerza mayor ordinario o extraordinario queda librada, en todo caso, al prudente arbitrio del juez: la imprevisión e inevitabilidad es más visible, más notoria, en los casos fortuitos o de fuerza mayor extraordinarios.

Los Códigos Civiles de 1852 y de 1936, aceptaban esta diferenciación en sus artículos 1572 y 1503, respectivamente.[594]

18.2.4.2. Según si fueren previsibles o imprevisibles

Otra clasificación es la que distingue los casos fortuitos o de fuerza mayor en previsibles e imprevisibles.

Los primeros —según este criterio clasificatorio—, son los que no pueden ubicarse concretamente en los factores de tiempo o de lugar, aunque es posible admitir que ocurrirán: lluvia, granizo, etc. Los segundos escapan a la previsión del deudor. La doctrina pone el ejemplo de la destrucción de Hiroshima mediante la bomba atómica.

La primera clasificación destaca la relatividad de los conceptos y la segunda es idónea, según cierta doctrina, para establecer la medida de las cláusulas por las que el deudor se hace cargo del caso fortuito.

Esta distinción nos resulta idéntica a la anterior. El caso fortuito o de fuerza mayor ordinario se asimila al previsible, y el extraordinario al imprevisible. Ambos quedan librados al prudente arbitrio del juez.

18.2.4.3. Según si la imposibilidad fuere parcial, total o temporal

Por último, la clasificación del caso fortuito o de fuerza mayor también puede darse en función a la imposibilidad, la misma que puede revestir carácter parcial, total o temporal.

---

[594] Código Civil de 1852.
Artículo 1572.- «El conductor puede, por estipulación expresa, renunciar al derecho a la rebaja de la renta por casos fortuitos.
Se entiende que este convenio es relativo a los casos fortuitos que suelen ocurrir comúnmente, cuando no se declara de un modo expreso que se comprenden también los casos raros e imprevistos».
Código Civil de 1936.

El Código Civil de 1984 no distingue los casos fortuitos o de fuerza mayor en ordinarios y extraordinarios, ni en función a su posibilidad. Al presentarse las características de extraordinario, imprevisible e irresistible, ellas, por sí solas, eximen de responsabilidad. La mayor o menor rareza, la mayor o menor imprevisibilidad, no se consideran. Bastan la rareza y la imprevisibilidad, a secas, con las características adicionales de constituir un hecho extraordinario e irresistible para que el evento sea excepcional y, por tanto, exonere de responsabilidad cuando las partes así lo han pactado o la ley lo establece.

18.2.5. Órbita contractual y extracontractual del caso fortuito o de fuerza mayor

En el caso de la llamada responsabilidad contractual —que como ya hemos analizado se trata de responsabilidad proveniente de la inejecución de una obligación preexistente—, vemos que es el deudor quien debe probar la ausencia de culpa —pues se presume la inejecución por culpa leve— y que el acreedor solo debe demostrar la existencia de la obligación, el nexo causal y el incumplimiento. El deudor, por su parte, prueba la ausencia de culpa cuando demuestra que actuó con la diligencia ordinaria requerida o la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor que ocasionó el obstáculo insalvable para él de cumplir con su obligación.

En la llamada órbita extracontractual —o responsabilidad derivada de acto ilícito—, en la cual coexisten los sistemas de culpa (subjetivo) o de factor de atribución objetivo —bienes riesgosos o peligrosos, o el ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas—, el caso fortuito o fuerza mayor también constituye un factor de liberación de

Artículo 1503.- «El conductor puede renunciar el derecho a pedir la rebaja de la renta por los casos fortuitos que suelen ocurrir comúnmente. Si la renuncia se refiere a los casos fortuitos extraordinarios, es nula».

responsabilidad para el autor del daño.[595] La víctima debe probar el daño y el nexo causal, en tanto que el autor debe probar la falta de dolo o culpa —aquí entra a tallar el caso fortuito o de fuerza mayor—. En los casos de responsabilidad objetiva, el autor también debe probar, como hemos visto, el caso fortuito o de fuerza mayor como factor determinante en la producción del daño —lo cual, de alguna forma, como también ya lo hemos señalado, reduce el ámbito de responsabilidad objetiva y la subjetiviza—.

La doctrina mayoritaria considera que en el campo contractual la demostración por el deudor de la existencia del caso fortuito excluye su culpabilidad y lo hace irresponsable. El hecho imprevisible e inevitable que interfiere en el cumplimiento de la obligación contraída, constituye una causal de liberación para el deudor, salvo determinados supuestos de excepción.

Asimismo, se destaca que en el ámbito extracontractual el caso fortuito es también causal de irresponsabilidad. Se trata de un supuesto lógico de la culpa —que presupone la previsibilidad y la evitabilidad de la consecuencia— y obsta a la configuración de uno de los elementos que integran el ilícito extracontractual en sentido subjetivo. Pero en tanto que en materia contractual el *casus fortuitus* desliga al deudor de una obligación preexistente de dar, hacer o no hacer, en el campo extracontractual o aquiliano determina que la obligación de reparar, emanada de la transgresión del genérico *neminem laedere,* no llegue a configurarse.

[595] Artículo 1972.- «En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño».
El artículo 1970 determina la responsabilidad objetiva del Código («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»).

Finalizando este punto, cabe añadir que no precisa estructurarse un catálogo de hechos constitutivos de casos fortuitos y otro de los que no lo sean, sino que la calificación de tales hechos en uno u otro sentido es cuestión de facto que los jueces tienen que apreciar discrecionalmente, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, a fin de averiguar si en este se ofrecen o no los dos requisitos esenciales del fenómeno exculpatorio del deudor: a) la imprevisibilidad, y b) la irresistibilidad, en adición a la exigencia de que sea extraordinario.

18.2.6. Aplicaciones del caso fortuito o de fuerza mayor

Los casos fortuitos o de fuerza mayor pueden presentarse como impedimentos físicos o legales al cumplimiento de la obligación.

Los primeros, o sea los físicos, son por cierto los más comunes. Los segundos, los legales, obedecen a las órdenes de la autoridad y se conocen con la denominación de «hechos del príncipe».[596]

[596] Entre los casos fortuitos o de fuerza mayor más frecuentes anotamos:
(i) Las órdenes o prohibiciones de las autoridades que constituyen una fuerza extraña y superior para el deudor y, por tanto, lo liberan de responsabilidad;
(ii) Los hechos producidos por las fuerzas de la naturaleza, tales como las inundaciones, las tempestades, el granizo, las pestes, los terremotos, etc.;
(iii) Los hechos de terceros;
(iv) La guerra, la invasión, la revolución, etc., siempre que hayan hecho absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación y no solo más difícil u onerosa; y
(v) La huelga cuando, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa, afecta a toda la rama de la industria y no solo a la empresa del deudor, impidiéndole, por tanto, reemplazar la mano de obra. La jurisprudencia francesa también considera la huelga como caso fortuito o de fuerza mayor cuando se refiere solo a la empresa del deudor, pero reviste las características de imprevisible e irresistible; por ejemplo, una huelga de carácter revolucionario. Pero, en todo caso, se exige la imposibilidad absoluta de cumplir con la prestación. Dependerá de la naturaleza de la huelga determinar si ella constituye un caso fortuito o de fuerza mayor, de ausencia de culpa del deudor o, eventualmente, de dolo o culpa del propio deudor.

18.2.7. Efectos del caso fortuito o de fuerza mayor

El efecto principal del caso fortuito o de fuerza mayor es la irresponsabilidad del deudor en la inejecución de la obligación, pues justifica su incumplimiento y la extingue. El deudor queda absuelto pues no tiene culpa: no pudo prever ni resistir el acontecimiento extraordinario que le impidió cumplir.[597]

La razón, como resulta evidente, es que nadie está ni puede estar obligado a lo imposible; por ello, si la prestación que fue objeto de la obligación se torna física o legalmente imposible,[598] entonces la obligación se extingue. De ahí el aforismo latino que reza: *Nemo praestat casus fortuitus* (nadie se obliga por casos fortuitos).

En torno a los efectos del caso fortuito y la fuerza mayor, podemos citar las siguientes Ejecutorias Supremas:

- «El caso fortuito y la fuerza mayor extinguen la responsabilidad del obligado en los casos expresamente previstos por la ley».[599]

- «No es de abono ninguna suma en concepto de daños y perjuicios derivados de la paralización de una obra, si dicha paralización se debe a orden superior, sin que se le pueda imputar responsabilidad alguna a quien mandó ejecutar el trabajo».[600]

- «Si por mandato supremo la empresa estatal de derecho privado no tenía más que cumplir la norma ante la responsabilidad

[597] «*Nemo impossibilia tenetur*», decían ya los romanos (Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, p. 91).
[598] Cabe reiterar que este principio se aplica a las obligaciones con prestaciones de dar, de hacer y de no hacer.
[599] Anales Judiciales, 1981, p. 223.
[600] Ejecutoria Suprema del 14 de diciembre de 1954.

que podía generar a sus funcionarios en el incumplimiento, se da la figura de la fuerza mayor que exonera de responsabilidad al deudor».[601]

18.2.7.1. En las obligaciones de dar

En el caso de las obligaciones de dar, el caso fortuito o de fuerza mayor determina la imposibilidad de cumplimiento a cargo del deudor en tres alternativas: pérdida del bien cierto debido, pérdida en las obligaciones *unum de certis* y pérdida en las obligaciones de dar bienes inciertos, teniendo otro régimen la pérdida de la cosa en las obligaciones de dar bienes fungibles.

Analicemos cada una de ellas:

18.2.7.1.1. Pérdida del bien cierto debido

Decíamos que la obligación se extingue si la prestación que fue su objeto se torna física o legalmente imposible.[602]

Al respecto, la doctrina francesa señala que la obligación de pintar un cuadro se extingue por el accidente que hace perder la vista al pintor, como sucede con la obligación de dar un cuerpo cierto, por la pérdida de este cuerpo cierto. Pero en Francia, en la práctica, solo se encuentra esta causa de extinción con relación a las obligaciones de dar un cuerpo cierto, ya que la ley francesa solo previó esta hipótesis.[603]

[601] Ejecutoria Suprema del 15 de septiembre de 1997.

[602] Nuestro sistema regula la pérdida del bien cierto debido en los tres supuestos que señala el artículo 1137 del Código Civil, a saber:
1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.
2. Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.
3. Por quedar fuera del comercio.
(Sobre el particular, véanse nuestros comentarios al analizar el tema correspondiente. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo II, pp. 17 y ss.).

Agrega la doctrina francesa que el supuesto en que se destruye materialmente la cosa, la ley lo asimila al caso en que la cosa se pierde de manera que se ignora absolutamente de su existencia, y al caso en que la cosa quede fuera del comercio, cuando, por ejemplo, un terreno apropiado por causa de utilidad pública se incorporó al dominio público. Esto debido a que en estas tres hipótesis hay la imposibilidad de cumplir la obligación.

Por su parte, el Código Civil Argentino agrega algunas disposiciones sobre la imposibilidad de dar cosas ciertas e inciertas, que no son sino aplicación de los principios generales sobre caso fortuito. Así, dice el artículo 891 del citado cuerpo legislativo que la cosa que debía darse solo se entenderá perdida en el caso de que se haya destruido completamente o que se haya puesto fuera del comercio o que haya desaparecido de un modo que no se sepa de su existencia.

La doctrina cuestiona si en tales situaciones debe el deudor la compensación por daños y perjuicios.

Al respecto, Baudry-Lacantinerie[604] expresa que cualquiera que sea la causa que hizo perecer el cuerpo cierto, objeto de la obligación, siempre hay para el deudor la misma imposibilidad para cumplir con la obligación; por lo tanto, la obligación se extingue en todos los ca-

[603] Según los párrafos 1 y 2 del artículo 1302 del Código Napoléon, «Cuando el cuerpo cierto y determinado que fuere el objeto de la obligación llega a perecer, quede fuera del comercio o se pierda de manera que se ignore en absoluto su existencia, la obligación se extingue si la cosa ha perecido o se ha perdido sin culpa del deudor y antes de que estuviere en mora. Incluso cuando el deudor esté en mora, y si no responde por los casos fortuitos, la obligación se extingue en el caso en que la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor si le hubiere sido entregada».

sos. Sin embargo, agrega, el acreedor privado de este modo del beneficio que le debía el cumplimiento, puede exigir en lugar de un cumplimiento real, el cual ya no es posible, un cumplimiento como equivalente. En este aspecto, hay razones para distinguir si la pérdida de la cosa es imputable o no al deudor.

En lo relativo a la legislación peruana, el artículo 1138 del Código Civil de 1984 contiene las reglas que establecen cuál de las partes de la relación obligacional debe sufrir o correr con el riesgo de la pérdida de la contraprestación, si la hubiere, y eventualmente indemnizar por daños y perjuicios. El ámbito de aplicación general del referido artículo 1138, al igual que las demás normas de obligaciones de dar, corresponde a la generalidad de las mismas y no solo a las obligaciones de dar que impliquen transferir la propiedad de un bien. Debemos precisar que la teoría del riesgo contemplada en el mencionado artículo, solo es de aplicación para el supuesto de las obligaciones de dar bienes ciertos, pues si la cosa es indeterminada no se puede decir que esta perece, pues la especie no perece.[605]

18.2.7.1.2. Pérdida en las obligaciones unum de certis

Si la causa de la extinción de la obligación se fundamenta en la imposibilidad de cumplir la prestación prometida, esta no solo se puede producir en las obligaciones que tienen por objeto un cuerpo cierto y determinado, sino también con relación a aquellas que tienen por objeto *unum de certis*, por ejemplo, uno de los cuatro caballos que se encuentran en mi caballeriza o, incluso, excepcionalmente, la causa

[604] Baudry-Lacantinerie, G. *Op. cit.*, tomo II, p. 197.

[605] A mayor abundamiento sobre el tema, consultar: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «La pérdida en las obligaciones de dar bienes ciertos y la teoría del riesgo». En *Normas Legales*. Legislación, Jurisprudencia y Doctrina. Trujillo, Perú, marzo de 2000, tomo n.° 286, pp. A-79 a A-95.

de extinción puede originarse en las obligaciones que tienen por objeto una cosa de género, si el género al que pertenece la cosa llega a perecer por completo.

La doctrina francesa[606] cita como ejemplo al histórico decreto del 27 de abril de 1848, que abolió la esclavitud en todos los territorios franceses, e hizo perecer jurídicamente el género de los esclavos y dejó sin eficacia a todas las obligaciones de dar relativas a este objeto; pero admite que, sin embargo, este es un caso infinitamente raro, que no quita valor en su generalidad al adagio de que «los géneros no perecen».

Se entiende, pues, que cuando la obligación tiene por objeto cosas inciertas, determinadas dentro de un número de cosas ciertas de la misma especie, queda extinguida si se perdiesen todas las cosas ciertas designadas por un caso fortuito o fuerza mayor.

Las denominadas obligaciones *unum de certis* o *incertum ex certis* se encuentran previstas en el artículo 1146 de nuestro cuerpo sustantivo, tema del cual nos hemos ocupado en extenso al comentar la pérdida del bien antes de la elección sin culpa del deudor.[607]

18.2.7.1.3. Pérdida en las obligaciones de dar bienes inciertos

Si la obligación fuese de entregar cosas inciertas no fungibles, determinadas solo por su especie y cantidad, el pago nunca se juzgará imposible y la obligación se resolverá siempre en indemnización de daños y perjuicios, siendo esta una aplicación del principio de que el género nunca perece. Tal regla se aplica con mayor razón al supuesto

[606] Baudry-Lacantinerie, G. *Op. cit.*, tomo II, p. 197.

[607] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, *Tratado de las Obligaciones*, tomo II, pp. 155 y ss.

de cosas fungibles. Cabe anotar que la solución que dispone el pago de los daños y perjuicios, no debe entenderse en el sentido de que el acreedor no tiene otro derecho que el de exigir dicha indemnización, ya que es obvio que él siempre tiene, y ante todo, la facultad de exigir el cumplimiento en especie. Lo único que ello significa es que el deudor nunca podrá liberarse de su responsabilidad alegando la pérdida de las cosas genéricas. Sobre el particular, remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis del artículo 1142 del Código Civil Peruano.[608]

18.2.7.1.4. Pérdida en las obligaciones de dar bienes fungibles

Los bienes fungibles, como se sabe, son aquellos susceptibles de sustituirse unos por otros, siendo esta situación indiferente para el cumplimiento de la prestación, ya que en este caso cualquier individuo es igual a otro y no hay forma de identificar o distinguir a uno del otro. Para efectos de su cumplimiento, no se habla de elección sino de una individualización. En ese sentido, si el bien se perdiese antes de su entrega sin culpa de las partes, sería irrelevante si el deudor hubiere comunicado su individualización al acreedor, puesto que —de igual manera— tendría que reponer el bien perdido por otro similar y cumplir con entregarlo.[609]

18.2.7.2. En las obligaciones de hacer

Luego de haber expresado nuestras opiniones en torno a los efectos del caso fortuito o de fuerza mayor en las obligaciones de dar, con sus respectivas variantes, nos corresponde hacerlo con relación a las obligaciones de hacer.

---

[608] *Ibidem*, pp. 87 y ss.

[609] Sobre el particular remitimos al lector a nuestros comentarios a propósito del análisis del artículo 1142 (Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo II, pp. 101-103).

En las obligaciones de hacer, el objeto de la prestación consiste en la realización de un servicio o de una obra. En tal sentido, para que se produzcan los efectos liberatorios del deudor incumpliente en este tipo de obligaciones, su incumplimiento debe haber obedecido al hecho de que precisamente por un evento de caso fortuito o de fuerza mayor resulte absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación asumida.

En adición a lo expresado precisa anotarse que el caso fortuito o de fuerza mayor debe conllevar la absoluta y definitiva imposibilidad de cumplir con la prestación debida. Pero también podríamos imaginar la eventualidad de que se trata de una imposibilidad temporal de ejecución de la prestación. Sin duda, en este último caso se mantendría un problema de orden teórico y práctico, consistente en determinar cuál es el plazo que habría que esperar para decidir si el incumplimiento es definitivo o no.

La subjetividad del tema debe quedar al arbitrio de los tribunales de justicia, en caso de discrepancia entre acreedor y deudor, pues dada la infinidad de supuestos susceptibles de presentarse resulta imposible establecer reglas de carácter objetivo. Consideramos, sin embargo, que deberá ser elemento esencial para una respuesta, la subsistencia del interés del acreedor en la utilidad del cumplimiento de la prestación.

18.2.7.3. En las obligaciones de no hacer

Por otra parte, en lo que respecta a las obligaciones de no hacer, el caso fortuito o de fuerza mayor presenta dos aspectos diferentes.

Por un lado, puede determinar que el deudor nunca pueda cumplir con la obligación asumida, en la medida que esta todavía no se haya cumplido y, precisamente, por un evento de caso fortuito o de fuerza mayor dicho deudor se encuentre en absoluta imposibilidad de ejecutarla.

Pero también podría ocurrir que tratándose de obligaciones de no hacer, de prestación continuada o periódica que hayan venido siendo ejecutadas por el deudor, se produzca, precisamente por el evento de tal naturaleza, la imposibilidad de que dicho deudor continúe con la abstención debida.

18.2.7.4. En las obligaciones de objeto plural

En lo referente a las obligaciones de objeto plural, vale decir las conjuntivas, alternativas y facultativas, definitivamente el caso fortuito o de fuerza mayor también puede ocasionar la imposibilidad de su cumplimiento.

Sin embargo, no vamos a profundizar sobre la materia, ya que la misma fue analizada de modo exhaustivo cuando estudiamos cada una de estas obligaciones.[610] Como sabemos, el tema en las obligaciones conjuntivas se plantea fundamentalmente desde un análisis teórico, mas no legislativo, ya que dichas obligaciones no cuentan con regulación en el Código Civil.

En cambio, en las obligaciones alternativas el tema pasa necesariamente por ingresar al análisis de las disposiciones contenidas en los artículos 1165 y 1166 del propio Código, preceptos que regulan determinados supuestos de imposibilidad de una o más prestaciones, cuando la elección corresponde al deudor (artículo 1165) y cuando la elección corresponde al acreedor (artículo 1166).

Cuando estudiamos estas dos normas, nos ocupamos de aquellos supuestos en los cuales las prestaciones resultan imposibles de ejecutar sin culpa de las partes. Evidentemente dentro de estas causas se

[610] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo II, pp. 317-319 y 387-410.

encuentran el caso fortuito y la fuerza mayor, motivo por el cual remitimos al lector a lo ahí expresado.

En lo que atañe a las obligaciones facultativas, también podría producirse la imposibilidad de ejecución de una prestación derivada de caso fortuito o de fuerza mayor.

Dada esta eventualidad habría que tener presente lo dispuesto por los artículos 1167 a 1170 del Código Civil.

Dentro de tal orden de ideas, si la prestación principal deviniese en nula o imposible de cumplir por caso fortuito o de fuerza mayor, se extinguiría la obligación; en tanto que si lo propio ocurriese con la prestación accesoria, la obligación se convertiría en simple, ya que entonces solamente contaría con una prestación (aquella que fuera principal).

18.2.7.5. En las obligaciones de sujeto plural

Finalmente, debemos referirnos a los efectos del caso fortuito o de fuerza mayor en las obligaciones de sujeto plural, vale decir, en las obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias.

Al respecto, no resultaría pertinente relacionar de manera directa el tema bajo tratamiento con este tipo de obligaciones, por la sencilla razón de que la imposibilidad de cumplimiento de una prestación (o de varias), no dependerá de si dicha obligación tiene uno o varios sujetos, sino de la imposibilidad de ejecución del objeto en sí (la prestación o las prestaciones). En tal sentido, dichos efectos deberán ser asumidos por la totalidad de deudores y acreedores de la obligación, en función a la naturaleza de las prestaciones y de si se trata de obligaciones de objeto plural.

En tal virtud, el tema de los efectos del caso fortuito y de la fuerza mayor en las obligaciones de sujeto plural se soluciona por los principios que hemos estudiado en torno a las obligaciones de dar,

hacer y no hacer, y aquellos de las obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas.

El tema de la imposibilidad del pago se relaciona con la necesidad de que no exista el objeto de la obligación, para que no pueda concebirse la existencia misma del vínculo obligacional, pues así como nadie puede estar obligado a satisfacer algo que no tiene posibilidad de existir, igualmente cesa la obligación por la desaparición de un objeto que hubiese sido posible anteriormente. La diferencia —anota la doctrina— está en que una imposibilidad de objeto originaria impide la constitución misma de la obligación, que sería, por esa falla, una obligación jurídicamente inexistente; mientras que una imposibilidad sobreviniente no perjudica la validez anterior de la obligación, aunque disuelve el vínculo en el futuro, por la desaparición de su objeto.

Es esa imposibilidad de cumplimiento sobreviniente, la que muchos cuerpos legislativos han contemplado como un modo de extinción de las obligaciones, bajo la denominación de imposibilidad de pago. Así, la obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor. Es claro que si sobreviene un hecho ajeno al deudor que le impide cumplir, él queda liberado, estando obligado a devolver al acreedor lo que hubiera recibido con motivo de la obligación extinguida.

Al respecto, Larenz[611] expresa que existen determinados casos en que se oponen obstáculos a la prestación o en que surgen alteraciones que destruyen la base de la relación obligatoria, sin que el deudor o, en su caso, el acreedor, sean responsables de ello.

[611] Larenz, Karl. *Op. cit.*, tomo I, pp. 300 y 301.

El primero es el de la imposibilidad subsiguiente o sobrevenida de la prestación.

Al tratar acerca de los presupuestos de la imposibilidad posterior, se señala que una prestación es (objetivamente) imposible, y que según las concepciones del tráfico, es prácticamente irrealizable para cualquiera. Y es irrealizable cuando, por ejemplo, se ha hecho físicamente imposible la entrega de una cosa determinada que ha desaparecido; la conclusión de un cuadro ya empezado, cuando el pintor queda ciego; además, cuando la prestación solamente podría realizarse con infracción del ordenamiento jurídico, por ejemplo, si se establece con carácter general la prohibición legal de enajenar. Finalmente —dice Larenz—, una prestación es imposible cuando únicamente podría realizarse con medios que están de tal forma tan lejos de la obtención del resultado perseguido, que no pueden ser tenidos en cuenta en el tráfico (como por ejemplo, el hallazgo de un anillo caído al mar). De forma distinta que en el caso de responsabilidad originaria, cuando se trata de alteraciones posteriores la ley ha equiparado la imposibilidad posterior del deudor para realizar la prestación a la imposibilidad subjetiva del mismo, pero teniendo en cuenta la importante excepción de cuando se trata de alteraciones genéricas. Existiría, por ejemplo, imposibilidad posterior, de la cual no habría de responder el deudor, si después el comprador es despojado por expropiación forzosa del inmueble vendido.

Así, la imposibilidad objetiva de cumplir la obligación provoca la extinción de la obligación específica. Solamente cuando tal imposibilidad no deriva de culpa, la extinción de la obligación no produce responsabilidad del deudor, quien resultará totalmente liberado de la deuda.

Según destaca la doctrina —en criterio al cual nos aunamos—, para que el deudor pueda pretender su total liberación es menester: 1) Que se trate de una efectiva imposibilidad objetiva; 2) Que tal im-

posibilidad sea sobrevenida; y 3) Que la circunstancia que la provoque sea inevitable y no se derive de la culpa del deudor o surja durante la mora de este.

18.2.8. Criterios para considerar como definitiva a la imposibilidad

Es criterio generalizado que para considerar como definitiva la imposibilidad que se manifiesta en principio como temporal, basta que la prestación en el tiempo en que presumiblemente fuese posible, resulte después del tiempo transcurrido hasta entonces como económicamente distinta.

18.2.8.1. Imposibilidad por obstáculo temporal

La prestación no se torna imposible cuando surge un obstáculo temporal que probablemente pueda ser eliminado con posterioridad. Así, cuando la cosa que debe entregarse al acreedor no puede ser expedida por el momento, a causa de una huelga en el tráfico, una obstrucción en las carreteras o por motivos análogos, o cuando el pintor obligado a la restauración de un cuadro enferma por algun tiempo antes de concluir su trabajo, el deudor sigue obligado a cumplir la prestación y el acreedor debe esperar hasta que ello sea posible.

Acerca de si el acreedor puede reclamar con motivo del retraso de la prestación una indemnización de los daños que por él se le hayan causado, se estima que hemos de atenernos a los preceptos sobre mora; pero, sin embargo, han de establecerse a este respecto algunas limitaciones.

18.2.8.2. Imposibilidad en el momento requerido

Existen prestaciones que, según su naturaleza o según el contenido del contrato celebrado, solo pueden tener lugar en un momento perfectamente señalado o dentro de un corto plazo, porque en otro caso no cumplirían la finalidad a que están destinadas.

Así, por ejemplo, si un cantante promete su colaboración en un concierto determinado, este solo podrá cumplir la obligación en la noche señalada para el concierto, y si no puede presentarse en el local esa noche, su prestación deviene imposible definitivamente.

Según cierta opinión, los negocios jurídicos que tienen por objeto una prestación que únicamente puede ejecutarse en un momento claramente determinado y que se tornan imposibles si no se realizan en ese momento, se denominan contratos sinalagmáticos puros *(absolutes Fixgeschaft).*[612] Se acota que de ellos se diferencian los contratos sinalagmáticos relativos o simples, en los que igualmente está determinado con precisión el momento o el plazo de la prestación, y para el acreedor es parte esencial de la estipulación convenida el establecimiento de un momento para el cumplimiento de la prestación, pero esta, no obstante, puede ser realizada en momento posterior. En tal hipótesis la ley concede al acreedor, si se trata de un contrato bilateral, un derecho de retención en el supuesto de incumplimiento del plazo, es decir, cuando la prestación no se ejecuta dentro del mismo o en el momento determinado. Si el acreedor no desiste de su derecho, el deudor ha de cumplir posteriormente la prestación.

Pero aquí también se precisa que aunque la prestación no ejecutada en el momento oportuno pueda ser realizada después, esto no puede tener lugar por tiempo ilimitado. Por ejemplo, si un pintor que se ha obligado a pintar el retrato de un niño, enferma tan gravemente que permanece sin poder trabajar varios años, y entre tanto el niño crece hasta una edad superior a aquella en la que se le quería haber retratado, en este caso la prestación bien pudo ser retrasada varias semanas o varios meses, pero no unos años sin que se haga finalmente imposible. Este lapso, dentro del cual todavía es posible el cum-

[612] *Ibidem*, p. 302.

plimiento, la doctrina alemana lo llama tiempo de cumplimiento *(Erfullungszeitraum)*. La prestación deviene definitivamente imposible a más tardar en el momento en que conste que el pintor no estará útil para su trabajo dentro del tiempo de cumplimiento. Con el transcurso de este no solo decae el deber de prestación del pintor, sino también la obligación del que encargó el retrato, de modo que este último puede —sin correr riesgo alguno de obligarse frente a los dos— encargar la terminación de la obra a otro pintor. Según esta opinión, la duración del «lapso para el cumplimiento» se determinará en cada caso según la naturaleza y especialmente según el contenido y finalidad del contrato.

Resulta importante considerar lo establecido por el artículo 1316 del Código Civil Peruano de 1984, a este respecto:

> Artículo 1316.- «La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.
>
> Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.
>
> También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere».[613]

[613] - **Fuentes nacionales del artículo 1316**

Dentro de la legislación colonial, podemos hacer mención de la Ley de las Siete Partidas, Ley 29, Título XXIII, Partida Tercera: «El pleyto (contrato) termina por la muerte de la cosa, si auiniesse por ocasion e sin culpa».

El artículo 1316 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, trataba el tema en sus artículos 776: «Cuando se ha contraído una obligación bajo la condición suspensiva, la cosa que hace la materia del contrato corre de cuenta y riesgo del deudor que se ha obligado a entregarla después de verificada la condición. Si la cosa ha perecido enteramente sin culpa del deudor, la obligación se extingue; si se ha deteriorado sin culpa del deudor, el acreedor tiene la elección de anular la obligación, o de exigir la cosa en el estado en que se halla, sin disminución de precio. Si ha sido deteriorada por falta del obligado, el acreedor tiene derecho de anular la obligación, o de exigir la cosa en el estado en que se halla con los daños e intereses»; y 898: «Se extingue la obligación cuando sin culpa del deudor, o sin que hubiese habido morosidad de su parte, perece la especie cierta y determinada que era objeto de la obligación, o sale fuera del comercio de los hombres, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia. En el caso de haber sido moroso el deudor, mas sin responsabilidad a los casos fortuitos, se extingue la obligación siempre que la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega».

El Código Civil de 1852 no trataba la materia.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, legislaba el punto en sus artículos 1483: «La obligación de dar una cosa cierta o determinada comprende la de entregarla en el lugar y tiempo convenidos, y la de cuidarla entre tanto; pero, si la cosa se pierde sin culpa del deudor, se extingue la obligación»; 1502: «Cuando el hecho, a que se refiere una obligación de hacer, resulta imposible sin culpa del deudor, queda extinguida la obligación para el deudor y acreedor, y aquél debe devolver a éste lo que por razón de la obligación ha recibido; pero, si la imposibilidad proviene de culpa del deudor, queda obligado a satisfacer al acreedor daños y perjuicios»; y 1504: «En la obligación de no hacer si la omisión del hecho resulta imposible sin culpa del deudor, o si éste ha sido obligado a ejecutar el hecho, la obligación se extingue, como en el caso del artículo 1502.- Si por culpa del deudor llega a ejecutarse lo que no debió hacerse, tiene derecho el acreedor para exigir que se destruya lo hecho, o que se le autorice para destruirlo, a costa del deudor.- Cuando no es posible destruir lo que se ha ejecutado, el acreedor tiene derecho para pedir indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan inferido».

Por otra parte, debe mencionarse que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el particular en su artículo 310: «La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo

hacía en su artículo 296: «La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor».

De otro lado, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, trataba el tema en su artículo 1307: «La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor»; mientras el Código Civil de 1936, lo hacía en el 1318: «La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, trató la materia en su artículo 183: «La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible por causa no imputable al deudor.- Si la imposibilidad es sólo temporal, el deudor, mientras la misma perdura, no es responsable del retardo en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta el momento en que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no puede ya ser considerado obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tiene ya interés en conseguirla»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, abordaba el punto en su artículo 171: «La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.- Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.- También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere».

Por su parte, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba el tema en su artículo 1344: «La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.- Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.- También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, trataba la materia en el numeral 1283: «La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.- Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la

inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.- También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1316 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1256), Uruguayo (artículo 1549), Ecuatoriano (artículo 1713), Venezolano de 1942 (artículo 1344, primer párrafo), Venezolano de 1880 (artículo 1245, primer párrafo), Chileno (artículo 1670), Portugués de 1967 (artículos 790, primer párrafo -similar al primer párrafo del artículo 1316 Peruano-, 792 -similar al segundo párrafo del artículo 1316 Peruano- y 793 y 802 -similar al tercer párrafo del artículo 1316 Peruano-), de la República de China de 1930 (artículo 225 y 226), Holandés (Libro 6, Sección 6, artículo 12), Cubano de 1988 (artículo 299, inciso 1), de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 129) y Código de la Provincia de Québec (artículo 1072), entre otros.

Adicionalmente debemos señalar que el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 532) señala que cuando por fuerza mayor la prestación que se debe se hace imposible, se extingue la obligación, quedando el deudor exonerado de la responsabilidad. Si la imposibilidad es solo transitoria, el deudor no es responsable del retardo en el cumplimiento, mientras subsista aquella y si la prestación se hace posible solo en parte, el deudor se libera de responsabilidad ejecutando la parte de la prestación no imposible. El Código Civil Boliviano de 1976 (artículos 379 y 380) establece que en caso de imposibilidad parcial de la prestación, el deudor puede liberarse cumpliendo la parte que todavía es posible. La misma solución se aplica cuando la cosa se ha deteriorado o queda parte de ella después de haber perecido. El Código Helénico (artículo 336) agrega que el deudor debe advertir al acreedor desde que este toma conocimiento de la imposibilidad total del pago. El Código de la República de China de 1930 (artículo 225) señala que cuando por la imposibilidad de la ejecución el deudor tiene la intención de reparar un daño contra terceros, el acreedor puede exigir al deudor la transferencia de esa pretensión o la condonación de lo que el deudor ha recibido a título de reparación.

- Jurisprudencia peruana del artículo 1316

Este tema registra las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- «La caducidad de la carta de crédito bancario irrevocable, abierta para la ejecución de un contrato de venta de productos al extranjero, da lugar a la rescisión del contrato, sin que proceda, por tanto, la reclamación del comprador sobre daños y perjuicios». *Revista del Foro*, 1952, n.° 1, p. 80. (Artículo 1318 del Código Civil de 1936).

II.- «Constituye un caso de fuerza mayor que exonera de responsabilidad por el in-

18.2.8.3. Imposibilidad que luego se torna posible

La doctrina se cuestiona respecto a qué ocurriría si la prestación considerada en un principio como definitivamente imposible se hace luego posible, contra lo esperado, antes de expirar el plazo de cumplimiento.

Así, por ejemplo, la prohibición legal que se oponía a la prestación, es derogada inesperadamente después de algun tiempo; o el objeto vendido que fue robado al vendedor antes de ser entregado al comprador, es recuperado cuando ya se consideraban infructuosas las pesquisas dirigidas a recobrarlo.

A entender de la doctrina dominante, se ha de distinguir según se trate de una relación obligatoria unilateral, por ejemplo, la consistente en entregar un legado, o de un contrato bilateral.

---

cumplimiento de un contrato de transporte aéreo, la prohibición al pasajero de ingresar al país de su destino, por razones políticas». Ejecutoria del 6 de septiembre de 1960. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n.° 208, 1961, p. 775. (Artículos 1318 y 1319 del Código Civil de 1936 y 1317 del Código Civil de 1984).

III.- «La falta de cumplimiento de un contrato de comisión mercantil debido a restricciones impuestas por el Gobierno a la exportación de mercaderías, importa un caso de fuerza mayor que exonera de responsabilidad». Ejecutoria del 25 de abril de 1962. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n.° 221, 1962, p. 791. (Artículos 1318 y 1319 del Código Civil de 1936 y 1317 del Código Civil de 1984).

IV.- «Establecido en el respectivo contrato que el saldo de precio del inmueble materia de la compra-venta se pagaría a la obtención del préstamo a una mutual y no habiendo el vendedor proporcionado al comprador los instrumentos de propiedad requeridos para que el adquiriente pudiera gestionar el préstamo, el vendedor por ello no podía exigir al comprador el pago del saldo del precio, ni estimar que el demandado incurrió en mora generante de rescisión del contrato, de conformidad con el artículo 1342 del Código Civil». Ejecutoria del 16 de junio de 1983. *El Peruano*, n.° 13189, 15 de agosto de 1983 (Artículo 1318 del Código Civil de 1936).

En el primer caso, desde luego, el deudor está obligado a realizar la entrega del objeto legado perdido que ha sido hallado, ya que dicho deudor no estaba facultado para retener en su poder la cosa en ningún caso. Admitir en esta hipótesis una imposibilidad definitiva resultaría injusto.

Pero otro es el caso de los contratos bilaterales. En efecto —señala la doctrina—, en estos contratos no se puede exigir una espera ilimitada a ninguna de las partes, y cada una de estas se encuentra facultada para considerar extinguidas las obligaciones bilaterales cuando la imposibilidad temporal haya de considerarse en determinado momento como definitiva.

Sin embargo, aun en este supuesto la buena fe puede exigir la continuación —o, si se quiere, la reanudación— de la relación contractual cuando en ello, tal vez teniendo en cuenta los preparativos ya hechos, haya un interés apremiante y sea exigible la continuación del contrato a la otra parte contratante.

Un sector de la doctrina estima que en los casos de reaparición de la cosa extraviada o de una cosa colocada «fuera del comercio», pero que regresa a este, el acreedor tiene derecho a replantear la posibilidad del cumplimiento específico.

Boffi Boggero[614] entiende que la reaparición de la cosa extraviada o, en general, de una desaparición de la imposibilidad, no hace variar la posición originaria: «Hubo imposibilidad de pago y lo antes dicho es definitivo» y, en el caso de culpabilidad, ante la misma reaparición de la cosa perdida, ella «no afecta a la liquidación ya producida por pago del valor de la cosa»; claro que si por acuerdo de acreedor y deudor en plena vigencia de la «autonomía de la voluntad», se resuel-

---

[614] Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 580.

ve volver a la mecánica de la o las prestaciones primitivas con las consecuentes devoluciones a que hubiere lugar, ningún problema habría en ajustarse a los términos de dicho acuerdo; pero de ningún modo el acreedor o el deudor pueden colocar unilateralmente a la otra parte en la necesidad de dar como vigente la obligación extinguida o trasladada a una de pagar daños, mucho menos si la liquidación se hubiese ya finiquitado.

De otro lado, debemos tener presente lo establecido por el artículo 1317:

> Artículo 1317.- «El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación».[615]

[615] **- Fuentes nacionales del artículo 1317**
Dentro de la legislación colonial, debemos hacer mención de la Ley de las Siete Partidas, Ley 15, Título VIII, Partida Quinta: «Si por auentura alguno dellos dixere, que quando el daño auino que non fue por su culpa; más que poniendo y toda su guarda que podía, acaescio el daño, e que non le pudo escussar; deue ser oydo: e si prouare por algunas señales ciertas, o en otra manera, deuele valer: e por lo que prouare, non lo deue pechar».
El artículo 1317 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.
El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, tocaba el punto en el artículo 744: «No hay lugar a daños e intereses, cuando una fuerza superior, o un caso fortuito ha impedido al deudor dar o hacer lo que se había obligado, o lo ha forzado a hacer lo que se le había prohibido»; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en el numeral 2274: «Si por caso fortuito se pierde o se destruye totalmente la cosa que se debía, se extingue la obligación.- Mas si la pérdida o destrucción ha sido parcial, subsiste la obligación en lo que haya quedado».
Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, legislaba el particular en su artículo 3045: «El obligado a entregar una cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito, está obligado a probar su inculpabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo

3047»; mientras que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el numeral 311: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresamente mencionados en la ley, y en los que así lo establezca la obligación». De otro lado, el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, prescribía en su artículo 297: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor sino en los casos expresamente mencionados en la ley, y en los que así lo establece la obligación»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en su artículo 1308: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación»; y el Código Civil de 1936, en su artículo 1319: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación».
Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, legislaba el punto en su artículo 184: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley y en los que así lo establezca la obligación»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el numeral 172: «El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación».
Por su parte, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba el tema en el artículo 1335: «El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1284: «El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación».
- Fuentes y concordancias extranjeras
Concuerdan con el artículo 1317 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Francés (artículo 1148), Costarricense (artículo 702), Boliviano de 1976 (artículo 339), Brasileño de 1916 (artículo 1038), Egipcio (artículo 177), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 96) y Holandés (Libro 6, Sección 8, artículo 2), entre otros.
El Código Civil Mexicano (artículo 2111) establece que «nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la ley se lo impone».
- Jurisprudencia peruana del artículo 1317

Se señala que en determinados supuestos ni siquiera el caso fortuito o la fuerza mayor son suficientes para excusar al obligado.

Concurriendo los elementos constitutivos del caso fortuito, la inejecución de la obligación o su ejecución defectuosa o tardía, según el caso, no son imputables al deudor y, por ende, este queda exonerado de responsabilidad frente al acreedor insatisfecho.

Así, esta regla general sufre excepciones en las hipótesis siguientes:

(a) Cuando el deudor asume voluntariamente el riesgo del caso fortuito, garantizando al acreedor la prestación que este busca. El deudor se obliga a responder de los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o fuerza mayor.

(b) El deudor responde de los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o fuerza mayor cuando la ley así lo establezca.

Este tema registra las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- «La fuerza mayor o el caso fortuito pueden ser causa eximente del pago de los intereses penales que hubiesen pactado las partes». Ejecutoria del 12 de septiembre de 1885. Anales Judiciales, p. 204. Divergente: Ejecutoria del 6 de agosto de 1884. Anales Judiciales, p. 140. (Artículo 1319 del Código Civil de 1936).

II.- «El incumplimiento del contrato da mérito a la reclamación de daños y perjuicios, salvo que provenga del caso fortuito o de la fuerza mayor». Ejecutorias del 23 de noviembre de 1897. Anales Judiciales, p. 414; 22 de abril de 1918. Revista de los Tribunales, p. 200; 22 de marzo de 1924. Anales Judiciales, p. 7. (Artículo 1319 del Código Civil de 1936).

III.- «Constituye un caso de fuerza mayor que exonera de responsabilidad por el incumplimiento de un contrato de transporte aéreo, la prohibición al pasajero de ingresar al país de su destino por razones políticas». Ejecutoria del 6 de septiembre de 1960. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n.° 208, 1961, p. 775. (Artículos 1318 y 1319 del Código Civil de 1936 y 1316 del Código Civil de 1984).

IV.- «La falta de cumplimiento de un contrato de comisión mercantil debido a restricciones impuestas por el Gobierno a la exportación de mercaderías, importa un caso da fuerza mayor que exonera de responsabilidad». Ejecutoria del 25 de abril de 1962. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n.° 211, 1962, p. 791. (Artículo 1318 y 1319 del Código Civil de 1936 y 1316 del Código Civil de 1984).

(c) El deudor también responde de los daños y perjuicios en los casos fortuitos o de fuerza mayor cuando incurre en mora, salvo que pruebe que el acontecimiento habría alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiera llevado a cabo a su debido tiempo. Por ejemplo, un movimiento sísmico que también hubiera destruido la cosa de haber estado en poder del acreedor.

(d) El deudor no puede eximirse de la entrega del bien, en las obligaciones de dar cosas inciertas, alegando la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor antes de su individualización (artículo 1146, primer párrafo, del Código Civil Peruano): *genus nunquam perit*, el género nunca perece, decían los romanos. Esta regla no opera, sin embargo, en las obligaciones *unum de certis* o *incertum ex certis*, o sea, cuando la obligación tiene por objeto la entrega de alguna cosa incierta determinada entre un número de cosas ciertas de la misma especie, y todas las cosas comprendidas en ella se perdiesen por un caso fortuito o de fuerza mayor (artículo 1146, segundo párrafo, del Código Civil Peruano).

(e) En el caso de pérdida de cosa hurtada o robada.

Esta norma se encuentra plasmada en el artículo 1140 del Código Civil Peruano de 1984, precepto que dispone que:

> Artículo 1140.- «El deudor no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque éste se haya perdido sin culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta. Esta regla no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora».

Ante estos términos absolutos de la ley, la doctrina considera que se debe declarar responsable al ladrón por todos los casos fortuitos, indistintamente, hasta por aquellos que habrían hecho

perecer igualmente la cosa si esta permaneciera en manos de su propietario. Esta era, por lo demás, la decisión de Pothier.

(f) Finalmente, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien o a la prestación, luego del caso fortuito o de fuerza mayor, ya que si él ha de sufrir el daño es equitativo que disfrute de cualquier remanente, si lo hubiere. Por eso, los artículos 1138, inciso 5, y 1156 del Código Civil Peruano, por ejemplo, conceden tales derechos y acciones al deudor que asume la pérdida o destrucción del bien o las consecuencias de la inejecución de la obligación.

18.2.9. Admisibilidad del pacto de responsabilidad

Según reconocida opinión, resulta lícito en el orden contractual una cláusula en cuya virtud no jueguen las exoneraciones previstas por la ley, y se imponga al deudor una responsabilidad más amplia por la falta de ejecución. Rige, por tanto, el principio de la libertad contractual.

18.2.9.1. Forma del pacto de responsabilidad

En el caso de renuncia a un motivo de exención, es necesario, en principio, una cláusula expresa, descartándose cualquier manifestación tácita de voluntad.

Pero, sin embargo, la ley puede considerar a veces el pacto de responsabilidad como tácitamente existente, interpretando la intención de las partes en este sentido.

18.2.10. Prueba del caso fortuito o de fuerza mayor

Conforme al Código Civil de 1936, porque así lo ordenaba el artículo 1321, correspondía al deudor demostrar el caso fortuito o fuerza mayor. Esta regla era similar a la prevista por el artículo 3045 del Proyecto de Código Civil Peruano de 1890.

La ley presumía, pues, que el incumplimiento se debía a un hecho del deudor y que era a él a quien tocaba probar su inculpabilidad. Si el deudor acreditaba que el daño se había originado por un caso fortuito o fuerza mayor, estaba demostrando la existencia de una causa ajena y, por tanto, debía ser enteramente exonerado. Destruía, de esta forma, la presunción de imputabilidad.

Se exigía esta prueba porque generalmente no existen acontecimientos capaces de constituir fatalmente, por sí mismos, casos fortuitos o fuerza mayor: el fenómeno puede ofrecerse distinto en cada caso, según las circunstancias.

El Código Civil de 1984 asimila la responsabilidad por culpa inexcusable al dolo, o sea, a la negligencia grave; y, a su turno, aminora la responsabilidad cuando ella obedece a culpa leve, o sea, a la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

En este orden de ideas, el artículo 1329, del cual nos ocuparemos más adelante, consagra la presunción *iuris tantum* de que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor. En consecuencia, si el acreedor desea agravar la responsabilidad del deudor, deberá probar el dolo o la culpa inexcusable. Y, a su turno, si el deudor quiere exonerarse de responsabilidad deberá probar, como regla general, la ausencia de culpa, salvo que la ley o el contrato exijan, para eximirlo, el caso fortuito o fuerza mayor. En esta última hipótesis también corresponderá al deudor probar que el cumplimiento irregular obedeció a esas causas.

18.2.10.1. Hipótesis en que el caso fortuito y la fuerza mayor se originan en la culpa

Se entiende, como hemos reiterado, que el deudor no puede invocar la fuerza mayor o el caso fortuito si este hubiere ocurrido por su cul-

pa. Cuando el caso fortuito se produce por culpa del deudor —y con más razón por dolo—, el acontecimiento que objetivamente es causal exime de responsabilidad deja de serlo para el deudor.

Dentro de ese orden de ideas, la doctrina y la jurisprudencia nos recuerdan varios supuestos en los cuales se puede apreciar esta hipótesis:

- La jurisprudencia argentina, por ejemplo, ha decidido que la responsabilidad del dueño de la embarcación no se modifica, aun cuando se haya demostrado el caso fortuito, si cuando ocurrió el percance, el patrón o capitán ya había incurrido en una imprudencia sin la cual el suceso no se hubiese producido.

- Asimismo, se cita el ejemplo del dueño de una sala de espectáculos públicos que ha contratado con una «empresa artística» un número de «exhibición de fieras», quien no podrá eximirse alegando fuerza mayor por falta de permiso municipal, si del dictamen pericial resulta que era imposible que le fuera concedido por no hallarse el local en condiciones reglamentarias conforme a las disposiciones municipales vigentes.

- Tampoco significa fuerza mayor el retiro de la personería jurídica a una sociedad anónima si se ha acreditado por las actuaciones administrativas que sus actos transgredían los estatutos y contrariaban el interés público. Debe entonces, dicha sociedad, cumplir con los contratos que hubiera celebrado.

- Si el incendio se origina por el fuego encendido para eliminar malezas y se extiende por falta de precauciones, tampoco importa fuerza mayor.

- El vendedor no puede eximirse por el incumplimiento de la obligación de otorgar escritura pública en el plazo convenido, alegando que ello se debe al hecho de que la municipalidad le

exige el pago de impuestos atrasados por una suma que entiende es un cobro injusto o que constituye una exacción —hecho que importa, a su juicio, un caso fortuito—; pues, en todo caso, esa situación se debe a su propia imprevisión o negligencia al no informarse antes de la operación de las condiciones en que se hallaba el inmueble en lo referente a impuestos.

- Asimismo, considera la doctrina que no tiene carácter de imprevisible o de inevitable, una disposición municipal adoptada en consideración a condiciones de seguridad y de funcionamiento en los inmuebles alquilados.

- Recuerda también la doctrina, que en un caso la Corte de Casación Francesa dijo que si bien una requisición militar debe considerarse como un caso de fuerza mayor, el deudor es responsable, si no avisó a la autoridad militar de la venta de la cosa (ajena), ni previno a tiempo al comprador. En el caso, el vendedor guardó un silencio absoluto, evidentemente para aprovecharse de la diferencia, favorable para él, entre el precio de la compraventa y el pagado por la intendencia militar. De haber manifestado la venta, la requisición habría recaído en el comprador.

- Se considera también que el mal estado de una ruta, al que probablemente se debió el accidente, no eximía al transportador de la responsabilidad frente al pasajero, desde que aquel conocía el camino, pero no tomó precaución alguna para evitar daños.

- «El compromiso de acatamiento de las llamadas 'listas negras', debido al cual no se cumple un contrato de fletamento marítimo, no constituye caso de fuerza mayor para el cumplimiento de dicho contrato. Esa fuerza se concreta jurídicamente a que imperiosa, irresistible, insuperablemente, exige en forma física

al coactado, contra su voluntad, la sujeción o la omisión de un acto».[616]

- «El incendio, por sí mismo, y con independencia de sus causas, no es el acontecimiento imprevisible e inevitable que constituye el caso fortuito. No probándose que el siniestro es un caso fortuito calificado, la Empresa del Ferrocarril Central está obligada a pagar el valor de la gasolina que transportaba en un tren de carga».[617]

- «Si el propietario no acredita que el incendio del inmueble se ha debido a negligencia o culpa del inquilino o sus dependientes, no tiene derecho a ser indemnizado».[618]

- Por último, una compañía de navegación no puede invocar fuerza mayor en razón de una huelga si la inminencia de esta era conocida y la compañía no previno al expedidor, el cual, de habérsele avisado, podía haber expedido la mercadería por otro camino.

18.2.10.2. Hipótesis en que concurren la culpa y la fuerza mayor

De otro lado, se plantean diversas hipótesis en que concurren la culpa y la fuerza mayor.

Se señala que la cuestión está en precisar si el concurso de la fuerza mayor debe o no considerarse ineficaz a los efectos de la responsabilidad y de la liquidación de los daños.

[616] Anales Judiciales, 1922, p. 86.
[617] *Ibidem*, p. 326.
[618] Ejecutoria del 21 de agosto de 1967. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n.° 285, 1967, p. 1185.

Parte de la doctrina y jurisprudencia francesas adoptan la tesis afirmativa, es decir, no toman en cuenta la fuerza mayor sino que hacen prevalecer la culpa.

Para otros, la solución referida parece injusta, y efectivamente no faltan quienes en la hipótesis de que se trata, entienden que el deudor solo responde de una parte del daño.

Así, la cuestión tiene importancia, sobre todo en los casos —accidentes de tránsito, de trabajo, etc.— en que el daño ha sido causado por culpa del deudor, pero ha sido agrandado por alguna predisposición del acreedor (física o psíquica) no imputable a este y que, por lo general, se considera caso de fuerza mayor para aquel.

Según esta tesis, el deudor también respondería del daño más amplio, mientras que, con arreglo a la opinión opuesta, solo tendría que responder del daño en la medida en que este se hubiera producido normalmente.

18.2.10.3. Caso fortuito o de fuerza mayor y mora

Entre los efectos generales de la mora, se describe que el deudor debe responsabilizarse por todos los daños producidos durante ella. Fue por su culpa que la obligación no se cumplió a tiempo y, en consecuencia, se debe también a él que un acontecimiento extraordinario haya podido imposibilitar definitivamente el cumplimiento.

Así, la doctrina[619] cita los siguientes supuestos ilustrativos:

- Cualesquiera fuesen las restricciones administrativas para el giro al exterior derivadas de la creación de una Comisión de Control de Cambios, ello no puede invocarse con el carácter

[619] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, pp. 327 y 328.

de fuerza mayor, si conforme al plazo previsto primitivamente para que el vendedor cumpliera dentro de él, la operación pudo terminarse antes de la creación de la Comisión mencionada.

- Aun cuando la huelga haya asumido los caracteres de fuerza mayor, el portador no está exento por aquellos transportes que normalmente debieron haber terminado cuando la huelga asumió esa extensión.

- La huelga general de albañiles no puede invocarse como fuerza mayor, en el caso de demora de la entrega de la obra, si se ha iniciado con posterioridad al vencimiento del plazo convenido.

- Se estima que la responsabilidad desaparece cuando el retardo es a su vez motivado por fuerza mayor o caso fortuito, pues si el deudor no responde de la mora, tampoco responde de sus consecuencias.

- Por último, se señala que también se exonera al deudor cuando la pérdida o el deterioro de la cosa, o cualquier otra imposibilidad para cumplir la obligación, se hubiera originado asimismo en poder del acreedor, pues faltaría entonces el nexo entre la culpa del obligado y el detrimento que en definitiva se irrogaría.

A entender nuestro, en estos casos el deudor que se encontrase en mora sí debería responder por los daños y perjuicios causados a su acreedor, a pesar de que estos se hubiesen producido por caso fortuito o de fuerza mayor, salvo que estas causas no imputables hubieran afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente. Así lo establece el artículo 1336 del Código Civil de 1984.

18.3. Imposibilidad de ejecución de la prestación sin culpa de las partes

El tema de la imposibilidad de ejecución de la prestación sin culpa de las partes, también constituye otra de las situaciones irruptoras del nexo causal de la responsabilidad civil. Por ello su íntima vinculación con el incumplimiento, a pesar de haber obrado con la diligencia ordinaria requerida, y con el caso fortuito o fuerza mayor.

El haber abordado anteladamente ciertos elementos referentes a la imposibilidad, obedece precisamente a esa irrefutable ligazón; sin embargo, conviene destacar otros caracteres al respecto.

La imposibilidad, como puede observarse, se da cuando ante una obligación válidamente concertada, acaecen uno o varios hechos jurídicos posteriores que vienen a impedir el cumplimiento de la prestación correspondiente.

Al estudiar los elementos de la obligación, se anotó que uno de los requisitos del objeto es que el mismo fuese lícito y que la prestación y el bien, que son, a su vez, objetos de aquella, fuesen posibles (artículo 1403 del Código Civil de 1984). De ahí que, reiterando un principio que tiene repetidas y concretas aplicaciones en nuestro Derecho positivo, se destaque que la obligación se extingue cuando la prestación que forma parte de ella, deviene en física o legalmente imposible sin culpa de las partes (artículos 140, inciso 2, 1138, incisos 5 y 6, 1314, 1315, 1316 y 1317 del Código Civil).

18.3.1. Formas de imposibilidad

Según adelantáramos en su oportunidad, se conocen varias formas de imposibilidad, a saber:

18.3.1.1. Imposibilidad originaria o subsiguiente

Es originaria cuando al momento de celebrarse el contrato existe la imposibilidad, como cuando se vende un bien que ha perecido. En tal caso, la obligación no solo no alcanzó a tener eficacia en la vida jurídica, sino que resulta inexistente.

Es subsiguiente, sobreviniente o sobrevenida, cuando la imposibilidad se produce con posterioridad a la celebración del acto, por desaparecer o destruirse la cosa antes de su entrega al acreedor. En este caso, el contrato se produjo y la obligación nació, pero se extingue por la imposibilidad de ejecutarla.

18.3.1.2. Imposibilidad objetiva o subjetiva

La imposibilidad es objetiva cuando no puede ser vencida por nadie, pese a cualquier esfuerzo desplegado. Por ejemplo, si vendo uno de los cachorros de la perra que acaba de alumbrar, y antes de su entrega aquel muere, nadie está en capacidad de resucitarlo para que yo pueda cumplir con la obligación de entregarlo.

La imposibilidad subjetiva es la circunstancia que incapacita a determinado deudor para ejecutar su obligación, pero que podría ser cumplida por otra persona. Cierto sector de la doctrina[620] emplea la expresión «ineptitud» para referirse a esta forma de imposibilidad.

18.3.1.3. Imposibilidad absoluta o temporal

La imposibilidad absoluta es la que engendra un contrato inexistente, cuando nos hallamos ante un impedimento originario; o la que extingue la obligación, cuando se trata de una imposibilidad subsiguiente (sobreviniente o sobrevenida).

[620] Enneccerus-Lehmann. Citados por Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil.* Novena Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1990, tomo IV, p. 371.

La imposibilidad se valora objetivamente —según Trabucchi—,[621] en el sentido de que no tendrá importancia el incumplimiento derivado de las vicisitudes subjetivas (personales o patrimoniales) del deudor; la prestación debe ser imposible en sí y por sí. En otras palabras, el deudor que resultara obligado al pago de una cantidad de dinero no podrá invocar a su favor, como causa de liberación de su deuda, una crisis económica. El deudor de una cierta cantidad de cosas genéricas no podrá eximirse de entregarlas alegando que el almacén donde las tenía depositadas se había incendiado *(genera et quantitates nunquam pereunt).*

Agrega Trabucchi que los eventos que afecten a la persona del deudor tendrán relevancia únicamente cuando se trata de prestaciones personales en un sentido estricto; así, por ejemplo, serán causas de imposibilidad de prestar una determinada actividad laboral, la enfermedad o el infortunio.

Para que se produzca la extinción de la obligación no basta, según Trabucchi, que sea «actualmente» infranqueable el impedimento, pues deberá ser insuperable durante «todo el tiempo en el que el acreedor tenga interés en que se cumpla la prestación». Por tanto, la obligación no se extingue por la imposibilidad temporal; solo se extinguirá cuando la imposibilidad durase hasta el vencimiento de la misma. Si la imposibilidad solo fuese temporal, ello tendría como consecuencia la de exonerar al deudor de la responsabilidad por el retraso en el cumplimiento, en la medida en que dicho retraso no le fuese imputable.

Al respecto, Valencia Zea[622] anota que la imposibilidad subjetiva (o ineptitud del deudor), ya sea para obligarse (imposibilidad origina-

[621] Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, tomo II, pp. 65 y 66.

[622] Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 371 y 372.

ria), ya sea para cumplir la obligación (imposibilidad subsiguiente), carece de fuerza suficiente para dar lugar a un contrato inexistente, o para extinguir la obligación una vez nacida.

Las prestaciones de sumas de dinero o cosas fungibles, es decir, de género, no engendran imposibilidad absoluta, sino —cuando más— ineptitud o imposibilidad subjetiva. En efecto, es posible que al deudor que se obliga a pagar mil nuevos soles en cierto día, se los roben antes de pagarlos. Como esa suma de dinero es fungible, siempre será posible conseguirla de nuevo, aunque él personalmente no lo pueda hacer. No sucede lo mismo cuando la cosa debida que perece era un cuerpo cierto: por ejemplo, tal caballo. Es por ello que la imposibilidad absoluta, originaria o subsiguiente, solo puede darse en relación con los cuerpos ciertos, no con los géneros. Ya los romanos decían con razón: *genera non pereunt*, es decir, que nunca un deudor podrá afirmar que no puede cumplir una obligación de esa naturaleza por haber perecido la cosa.

Sobre el particular, la ley civil peruana prescribe que si la causa (no imputable al deudor) es temporal, este no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo con el título de la obligación o con la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil (segundo párrafo del artículo 1316 del Código Civil Peruano).

18.3.1.4. Imposibilidad total o parcial

A diferencia de la imposibilidad total (absoluta), la parcial implica la extinción fraccionada de la obligación, y el deudor estará (seguirá) obligado a prestar la parte que resultara posible. Del mismo modo, si la prestación tuviera por objeto una cosa determinada, persistirá la cosa misma, aunque se encuentre deteriorada.

Según reconocida opinión, aunque se extinga la obligación principal, el acreedor puede subrogarse en todos los derechos y acciones que correspondieran al deudor con ocasión del hecho que ha motivado la imposibilidad de prestar la cosa determinada; de esta forma podrá ejercitar la acción de resarcimiento contra el tercero que hubiera provocado la imposibilidad. A decir de este criterio, el acreedor puede exigir, además, la prestación de todo lo que hubiera recibido el deudor si las cosas hubieran estado aseguradas previamente *(comodum re praesentationis)*.

El Código Civil Peruano señala en el último párrafo del artículo 1316 que la obligación también se extingue si, siendo susceptible de ejecutarse solo parcialmente, ella no fuese útil para el acreedor o si este no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. De lo contrario, el deudor queda obligado a ejecutar la prestación, con reducción de la contraprestación, si la hubiere.

18.3.1.5. Imposibilidad física o legal

La imposibilidad física es un concepto que —a decir de los autores consultados—, no presenta mayores dificultades: cuando la obligación es de dar cosas ciertas, la pérdida o destrucción de las mismas constituye un caso típico de imposibilidad de pago, que incluso es el único del que se ocupan el Código Civil Francés y la mayoría de las legislaciones que en él se inspiraron; en las obligaciones de hacer también suele darse la circunstancia de que el hecho prometido resulte, *a posteriori*, de cumplimiento imposible; en las *intuitu personae*, cuando acaece la incapacidad o muerte del deudor (caso, por ejemplo, del pintor o escultor que pierde la vista o la mano); y, por último, lo mismo puede ocurrir en las obligaciones de no hacer, si la omisión prometida se convierte en un hecho necesario.

En cuanto a la imposibilidad legal o jurídica, se trata de aquella que se produce cuando aparece un obstáculo legal que se opone a la

realización de la prestación debida, aunque la misma materialmente todavía pueda ser cumplida, como sucedería, por ejemplo, si la cosa debida es puesta «fuera del comercio», o si se prohíbe la edificación a mayor o menor altura de la acordada.

A partir de entonces, tal hecho no puede llegar a realizarse dentro de ese ordenamiento jurídico que no lo prevé o que lo excluye expresamente; de ahí que la obligación se extinga por imposibilidad de cumplimiento.

Sin embargo, según Cazeaux y Trigo Represas,[623] resulta evidente que no bastaría con una mera *dificultas praestandi*, o con que el cumplimiento resulte más oneroso para el deudor, sino que debe tratarse de una verdadera imposibilidad. Por regla general la imposibilidad debe ser absoluta, es decir que lo sea para todo el mundo y no únicamente para la persona del obligado; pero en las obligaciones de hacer *intuitu personae*, en las que se ha tenido particularmente en cuenta las condiciones especiales del deudor, una imposibilidad relativa que solo afecte a este último, puede constituirse, sin embargo, en causal extintiva de la obligación por imposibilidad de cumplimiento.

18.3.2. Requisitos para que la imposibilidad extinga la obligación

De otro lado, se apunta que para que la imposibilidad resulte extintiva de la obligación, son necesarios los siguientes requisitos:

18.3.2.1. Que la prestación se torne efectivamente imposible

Según se ha visto, el objeto de la obligación es la cosa, el hecho o la abstención, vale decir la conducta del deudor, la misma que debe ser «lícita».

[623] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 396.

A su vez, esta conducta (la prestación) se traduce en la ventaja económica que tiene el acreedor mediante la obtención de un bien o un servicio, la misma que debe ser «posible» (artículo 1403 del Código Civil).

Dichos caracteres o requisitos del elemento objeto de la obligación resultan irrefutablemente concordantes con la exigencia del inciso 2 del artículo 140, que determina que los bienes, las relaciones y los intereses (que constituyen el objeto del acto jurídico), sobre los cuales recae la manifestación de voluntad al celebrarse un negocio, deben ser física y jurídicamente posibles.

La posibilidad física o material, como se sabe, se refiere a la factibilidad de realización de un acto, con adecuación a las leyes de la naturaleza. La posibilidad jurídica, en cambio, está referida a la conformidad del hecho con el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, si a lo que se compromete el deudor o lo que el acreedor pretende obtener mediante la prestación se torna imposible de cumplirse, resulta obvio que la obligación se extinguirá.

18.3.2.2. Que la imposibilidad se haya producido sin culpa o dolo del deudor

Esto significa que la imposibilidad debe ser resultado de un caso fortuito o fuerza mayor o de una causa no imputable al deudor, pues si la misma se hubiera producido como consecuencia de su culpa, o con mayor razón de su dolo, la obligación no se extingue sino que se transforma en la de satisfacer la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

18.3.2.3. Que el deudor no responda del caso fortuito o de fuerza mayor

Este requisito de la imposibilidad alude a la obligación que hubiera asumido el deudor de responder del caso fortuito o fuerza mayor, supuesto en el cual no estará exento de responsabilidad.

Asimismo, considera la doctrina que igual situación acontece cuando al tiempo de producirse el caso fortuito o fuerza mayor, el deudor ya se encontraba en mora en el cumplimiento.

Sin embargo, aun cuando el deudor hubiera tomado sobre sí la responsabilidad por dicho evento, no será responsable si prueba que la pérdida igual se hubiera producido estando la cosa en poder del acreedor, caso en el cual no sería razonable obligar al deudor a indemnizar una pérdida que de todas maneras hubiera acontecido.

En suma, el tema de los efectos o consecuencias de la imposibilidad de ejecutar la prestación sin culpa de las partes —según anotáramos en líneas precedentes—, resulta de amalgamar las situaciones previstas en los numerales 140, inciso 2, 1138, incisos 5 y 6, 1314, 1315, 1316 y 1317 del Código Civil, a saber:

- Si el objeto de la obligación resulta física o jurídicamente imposible de ejecutarse, la obligación se extingue.
- Dicha «imposibilidad» acarrea el «incumplimiento» o «inejecución no imputable». En ese sentido, el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de tal inejecución (o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables).
- Sin embargo, para que dicha responsabilidad se «elimine», no debe existir un compromiso en sentido contrario (es decir, que el deudor, mediante pacto, no hubiera asumido la obligación de responder ante tales circunstancias, aun cuando no le sean imputables), o que la propia ley o el título de la obligación, establezca cosa distinta.

18.4. La inimputabilidad subjetiva

Al definir el incumplimiento, quedó establecido que este se manifiesta a través de hechos que obstaculizan e impiden el cumplimiento de determinada obligación.

Tales hechos, al contradecir el derecho —cuyas normas ordenan cumplir—, se muestran como ilícitos en sentido objetivo.

Según ha sido visto, dicha definición prescinde, en principio, de toda consideración sobre la imputabilidad o inimputabilidad.

Pero, ¿qué se entiende por estos términos?

Imputar significa atribuir una culpa, delito o acción; de ahí que el término tenga como sinónimos a atribuir, achacar, inculpar, cargar, incriminar, reprochar, denunciar, imponer, acusar.[624]

En ese sentido, la imputabilidad significa la atribución a una persona de las consecuencias de determinado accionar. Se ha visto, además, que si dicho accionar se debe a negligencia, intención de perjudicar o simple incumplimiento deliberado, la imputabilidad es concebida como «subjetiva». En cambio, cuando la ley, por diversas razones, establece otros factores de atribución de responsabilidad, diferen-

---

[624] Para algunos autores, la expresión «imputabilidad» se refiere a la autoría moral de un hecho, distinguiéndola de «atribución», palabra con la cual se alude a una situación puramente legal, que con sentido objetivo liga a una causa un cierto resultado, para imponer una responsabilidad especial con miras a amparar a la víctima de un daño. Según esta terminología, a quien comete un daño por su culpa se le imputa responsabilidad, en tanto que si el daño es involuntario se le atribuye responsabilidad. Sin embargo —dicen otros—, cualquiera que sea el factor de atribución (dolo, culpa, deber de seguridad, equidad, etc.), es correcto hablar de «imputabilidad», ya que con esta palabra se alude a la especial situación jurídica en que se halla el sujeto que debe soportar —en razón del incumplimiento— las sanciones fijadas por el sistema imperante. (Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 509 y 510).

tes a la «culpa o dolo tradicionales», estamos ante la imputabilidad «objetiva».

Reiteramos, la imputabilidad puede ser subjetiva u objetiva, según el tipo de factor de atribución.

Sin embargo, existen situaciones en las que falta un factor (subjetivo u objetivo) que permita atribuirle responsabilidad al incumpliente; entonces se habla de incumplimiento no imputable, ausencia de imputabilidad o inimputabilidad.

Dentro de ese orden de ideas, habrá inimputabilidad subjetiva cuando al sujeto protagonista del accionar ilícito no se le puede atribuir responsabilidad ni por dolo, ni por culpa, pese a las consecuencias perjudiciales que se hayan producido.

Según destacáramos en párrafos precedentes, el incumplimiento no imputable será absoluto cuando la prestación ya no puede tener lugar. Sobreviene una causa, material o jurídica, que convierte en definitivamente imposible la ejecución de la prestación y, por ende, extingue la obligación. Es, pues, eximente de responsabilidad.

A decir de los autores consultados, la expresión «inimputable» o «no imputable», no solo indica la ausencia de culpa en el sujeto, sino también que este no asumió los riesgos del caso fortuito o fuerza mayor o que no fue constituido en mora.

Cuando el objeto de la obligación sufre menoscabo o deterioro sin llegar a desaparecer, o se ve alterado alguno de los principios del pago —identidad, integridad, oportunidad, localización (o lugar de pago)— subsistiendo la posibilidad de realizar la prestación, sin que dicha situación sea imputable al deudor, este continúa obligado a cumplir, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. Es el caso del incumplimiento relativo no imputable o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso sin culpa del deudor.

18.5. El hecho de la víctima y la concurrencia de culpas

En principio, cuando un hecho dañoso se ha producido por culpa o dolo del sujeto —o por cualquier otro factor de atribución de responsabilidad establecido legalmente—, este queda obligado a la indemnización de los perjuicios originados con su actuar; sin embargo, puede presentarse la posibilidad de que tal consecuencia dañosa se deba a la influencia directa o a la culpa exclusiva o parcial de la propia víctima.

Ello constituye un mecanismo de defensa del demandado como sujeto responsable, tema que cobra particular importancia en los llamados casos de presunción y exclusión de responsabilidad.

Para que este hecho o actividad de la víctima sea determinante para eximir la responsabilidad del sujeto «sindicado» como responsable, es necesario que la conducta haya sido instrumento del daño; debe tratarse de un papel activo de la víctima, el hecho (por acción u omisión) debe contribuir —en alguna medida—[625] a la producción del evento perjudicial.

Sobre el particular, Francisco Tamayo Jaramillo[626] apunta que, a veces, el daño se produce teniendo por causa única a la conducta del perjudicado o víctima; en otras situaciones, el hecho se combina con la intervención activa de la víctima y del demandado. De ahí que la doctrina y la legislación distingan, al respecto, el hecho de la víctima como causa exclusiva del daño y la incidencia del hecho de aquella como causa parcial del daño.

---

[625] Calderón Ramos, Sandra Ivette y Hermes Fernando Díaz Sánchez. *Op. cit.*, p. 92.

[626] Tamayo Jaramillo, Francisco Javier. «Las causales de exoneración de la responsabilidad civil». En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, n.° 57, Medellín, 1982, p. 58.

Analicemos cada uno de los supuestos

18.5.1. El hecho de la víctima como causa exclusiva del daño

Se establece que el hecho de la víctima, como tal, será invocado como causa eximente de responsabilidad, si reúne los siguientes requisitos:

(a) La necesaria existencia de un nexo causal único entre el hecho y el resultado.

(b) El hecho de la víctima debe ser extraño y no imputable al designado como «causante u ofensor», porque de lo contrario habría que entender que la acción de la víctima no es más que un efecto de la acción del «agresor» y por tanto tendría que responder.

(c) Un tercer elemento apunta hacia la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho de la víctima, el mismo que presenta ciertas discrepancias en la doctrina.

Quienes niegan tal carácter, señalan que si el hecho de la víctima resulta culpable, poco importa si es irresistible o imprevisible, y que tales elementos son propios del caso fortuito.[627]

Para otros,[628] sin embargo, el quid del asunto debe ubicarse desde el punto de vista del nexo causal, donde la imprevisibilidad y la irresistibilidad devienen del hecho exclusivo de la víctima. Se exponen, al respecto, los siguientes ejemplos:

Supongamos que cierto automovilista se desplaza por la vía expresa a una velocidad de 80 km/ph y por el carril izquierdo (velocidad

[627] Comparten este criterio los Mazeaud, Tunc, Chabas, Alessandri, entre otros.
[628] Entre los que se encuentra René Savatier, Francisco Tamayo y Sandra Calderón.

máxima reglamentaria en esa vía y por dicho carril). De improviso, se cruza un peatón al cual atropella, pues sale inexplicablemente del lado donde transitaban los otros autos, motivo por el cual le fue imposible divisar con anticipación a la víctima.

Distinto sería el caso, si el automovilista transitaba solitariamente por la avenida Larco a 80 km/ph, y no obstante gozar de suficiente visibilidad para percibir a una persona cruzando por la calzada, no intenta disminuir la velocidad, sino —por el contrario— la atropella porque él cruzó inoportunamente. Aunque haya culpa de la víctima, el accidente pudo preverse y hasta ser impedido por el conductor.

La doctrina se muestra unánime al considerar que si el hecho de la víctima constituye la causa exclusiva del daño, habrá una exoneración total para el demandado.[629]

No es necesario —se acota— que el hecho de la víctima sea culposo, ya que siéndolo o no, de todas maneras tal hecho constituye una causa extraña que viene a irrumpir en el nexo causal de la responsabilidad y tiene un efecto liberatorio total.

El Código Civil Peruano de 1984 no regula el hecho de la víctima como tal, vale decir, como causa exclusiva del daño, al menos en esos términos. Lo que sí se establece es la consecuencia de la actuación negligente de aquella y el no resarcimiento, por parte del deu-

[629] Comparten este criterio: Louis Josserand (Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, vol. I), Christian Larroumet (Larroumet, Christian. *Op. cit.*, vol. II, p. 179), Francisco Tamayo Jaramillo (Tamayo Jaramillo, Francisco Javier. *Op. cit.*, pp. 58 y 59), Sandra Calderón Ramos y Hermes Díaz Sánchez (Calderón Ramos, Sandra Ivette y Hermes Fernando Díaz Sánchez. *Op. cit.*, pp. 96-98) y Felipe Osterling Parodi (Osterling Parodi, Felipe. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil. En Revoredo Marsano, Delia. *Exposición de Motivos y Comentarios. Op. cit.*, tomo V, p. 453), entre otros.

dor, de los daños y perjuicios causados, así como la posibilidad de pactar en contrario:

> Artículo 1327.- «El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario».[630]

En ese sentido, se considera razonable que el deudor no deba resarcimiento por los daños que el acreedor perjudicado hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria. Se supone que ya ocurrió el incumplimiento; pero se supone, además, que el acreedor, por su parte, se ha abstenido culposamente de hacer algo para evitar el mayor daño. Es evidente que el acreedor no debe agravar, con su propio comportamiento, la situación del deudor que ha incumplido.[631]

Larenz,[632] al abordar el tema de la omisión de actos encaminados a evitar o disminuir el daño, señala que también existe responsabilidad para el perjudicado cuando este omitió culposamente «llamar la atención del deudor sobre la amenaza de un daño considerablemente elevado que el deudor no conocía ni debía conocer», o «disminuir o evitar el daño» (artículo 254, parágrafo II, del B.G.B.). Se trata aquí —según Larenz—, de una auténtica culpa, es decir, de la infracción de un deber jurídico. El deber de poner en conocimiento del deudor un peligro considerable, y no ordinario, presupone naturalmente un «deudor» (por lo tanto una relación de deuda ya existente), y se deduce de la buena fe (numeral 242 del B.G.B.). El deber de hacer todo lo exigible y posible para eludir el daño que amenaza (o la agravación del ya producido), y de disminuirlo cuando ya haya tenido lugar, es un deber de conducta que ha de fundarse en la «buena fe» y estar delimitado por esta.

Explica Larenz que, según lo expuesto, en el caso de lesión corporal o de daño para la salud, el perjudicado está obligado a hacer por su parte todo lo necesario para el restablecimiento de su salud; por tanto a someterse lo antes posible a tratamiento médico y a seguir las indicaciones del facultativo. Sin embargo —anota—, solo está obligado a someterse a una operación cuando esta sea relativamente fácil y no revista peligro, ofreciendo una segura perspectiva de curación o mejoría. Si a consecuencia del accidente el perjudicado ha perdido su colocación, está obligado a preocuparse de conseguir otra nueva y

---

630 - **Fuentes nacionales del artículo 1327**
Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; así como tampoco en el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; y el Código Civil de 1936.
La Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, trataba el tema en el artículo 194: «Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento queda disminuido según la gravedad de la culpa y la importancia de las consecuencias que de ella ha derivado.- El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 183: «El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1346: «El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1294: «El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario».
- **Fuentes y concordancias extranjeras**
Concuerdan con el artículo 1327 del Código Civil Peruano de 1984, el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 348, inciso 2) y el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artícu'o 854, segundo párrafo), entre otros Códigos.

631 OSTERLING PARODI, Felipe. En REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo V, p 453.
632 LARENZ, Karl. *Op. cit.*, tomo I, pp. 223 y 224.

equivalente a la perdida. En caso de incapacidad para el trabajo en su profesión anterior, se le puede exigir también un cambio de profesión, en armonía con su edad y aptitudes y con la capacidad de trabajo que le reste. Según Larenz, el mismo deber de disminuir los daños afecta a los terceros perjudicados que tengan derecho a indemnización. De ahí que también se pueda reclamar de la viuda de un fallecido la obtención de ciertos ingresos si se lo permiten sus deberes domésticos y si ello le es exigible en consideración a su edad, su salud, su preparación profesional y su anterior rendimiento en el caso en cuestión.

Por su parte, Barbero[633] señala que el acreedor también está obligado a usar la ordinaria diligencia para impedir que el incumplimiento resulte más dañoso que lo inevitable. El apartado 2 del artículo 1227 del Código Civil Italiano dispone precisamente a este propósito que «el resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor hubiese podido evitar usando la diligencia ordinaria».

Según el referido profesor, el valor de esta disposición es esencialmente el de establecer el deber jurídico del acreedor de no omitir cuanto puede a fin de limitar el daño; de manera que el mayor daño derivado de la omisión imputable al acreedor se considera como daño que tiene su causa en esa omisión, y ese supuesto no puede menos que salir del ámbito de la responsabilidad del deudor.

Agrega que un aspecto sutil separa las dos hipótesis del artículo 1227 del Código Civil Italiano. El primer apartado refleja la hipótesis de que el hecho culposo del acreedor haya concurrido a ocasionar o a aumentar el daño, de manera que tal daño no encuentre en el solo hecho del deudor la causa suficiente de toda su entidad. El segundo refleja la hipótesis de que únicamente en el hecho del deudor esté la

633 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, Obligaciones, pp. 88 y 89.

causa suficiente de toda la serie consecuencial, solo que esta hubiese sido menor si un hecho del acreedor, que se podía y se debía cumplir, no hubiese sido omitido. Añade el citado autor que esto quiere decir que en el primer caso el acreedor es imputado de haber concurrido por cuenta propia a apretar el acelerador, por ejemplo; en el segundo, es imputado por no haber apretado los frenos.

18.5.2. El hecho de la víctima como causa parcial del daño

En lo que respecta a la incidencia del hecho de la víctima como causa parcial del daño, esta se presenta cuando existe culpa concurrente común, es decir cuando la actividad del deudor y la del acreedor son determinantes en el desenlace. Parece racional que en ese caso cada parte deba soportar las consecuencias de su propio hecho. Esto es lo que se denomina compensación o concurrencia de culpas en la responsabilidad.

Dicha figura se encuentra contemplada en el numeral 1326 del Código Civil de 1984,[634] el mismo que prescribe: «Si el hecho doloso

634 - **Fuentes nacionales del artículo 1326**
Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; así como tampoco en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; ni en el Código Civil de 1936.
La Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, trataba el tema en su artículo 194: «Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento queda disminuido según la gravedad de la culpa y la importancia de las consecuencias que de ella han derivado.- El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling

o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven».

Al respecto, uno de los coautores de esta obra ha anotado[635] en ocasión anterior que aquí se trata de una cuestión de apreciación que el juez debe evaluar según las circunstancias especiales de cada caso y

Parodi, del año 1980, lo hacía en el numeral 182: «Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven».

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, se ocupaba del tema en el artículo 1345: «Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1293: «Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven».

- **Fuentes y concordancias extranjeras**

Concuerdan con el artículo 1326 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1227 —agrega que el resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando diligencia ordinaria), el Código Boliviano de 1976 (artículo 348, inciso 1) y el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 854, primer párrafo).

Por su parte, el Código Civil Alemán (artículo 254) establece que si en la producción del daño ha concurrido culpa del perjudicado, la obligación a la indemnización, así como la cuantía de la indemnización a prestar, depende de las circunstancias, en especial de hasta qué punto el daño ha sido causado preponderantemente por una u otra parte; valiendo esto, incluso, si la culpa del perjudicado se limita a la circunstancia de que ha omitido llamar la atención del deudor sobre el riesgo de un daño de consideración no corriente, riesgo que no conocía ni debía conocer el deudor, o de que ha omitido evitar o aminorar el daño.

Podemos mencionar también que el Código Civil de la República de China de 1930 (artículo 217) establece que si la parte perjudicada tuvo participación en la producción o agravación del daño, el tribunal puede reducir el monto de la indemnización. La parte lesionada ha participado cuando ha omitido advertir al deudor sobre la posibilidad de un riesgo, que el deudor no estaba en condiciones de prever; y se considera que la parte lesionada ha agravado, cuando no evitó o atenuó el perjuicio.

635 Osterling Parodi, Felipe. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, tomo V, p. 453.

resolver en la forma que parezca más equitativa, teniendo en cuenta la mayor o menor responsabilidad de cada parte. Así, la solución debe provenir de la regla de que cada sujeto soporta las consecuencias de sus actos en la medida de su imputabilidad: el deudor responderá de los perjuicios que su culpa ocasionó y el acreedor tendrá que sufrir esas consecuencias sin derecho a reparación, en cuanto provengan de la culpa propia.

Según Salvat,[636] ni la poca culpa debe valer exención, ni la mucha culpa responsabilidad por la falta ajena.

La doctrina coincide en que los jueces están facultados a valorar ambas culpas y atribuir a cada uno, proporcionalmente, la parte que le corresponde en la consecuencia dañosa respectiva. En esta asignación de proporciones no hay límites fijos y los tribunales gozan de un amplio poder de apreciación. Por lo general, se distribuye la reparación del daño en mitades, pero si hubiera un mayor grado de culpabilidad de uno de los responsables, nada obsta a que se le adjudique una porción mayor.

Se señala, asimismo, que habría que distinguir la concurrencia o compensación de culpas de otras figuras como la compensación judicial de deudas, la neutralización o compensación de actividades peligrosas y la reducción de culpas.

La compensación judicial, por ejemplo, es aquella que se presenta cuando habiendo daños recíprocos, se inician acciones o se da pie a reconvenciones mutuas y el juez resuelve pagar el daño del otro y viceversa, declarando la compensación de deudas para evitar que una de las partes pague y luego la otra intente eludir el pago. Sería algo así como el principio de economía procesal consagrado en el artículo

636 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, pp. 145 y 146.

V, tercer párrafo, del Código Procesal Civil, según el cual «el proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales».

Por otro lado, la neutralización o compensación de actividades peligrosas tiene lugar cuando tanto el agente como la víctima ejercen actividades peligrosas generadoras del daño y producen perjuicios para una sola de las partes o para ambas.

Por último, se habla de la reducción de culpas, cuando ambas partes (demandante y demandado) han cometido una falta provocando que la culpa de la víctima reduzca la del agente y entonces se disminuya la indemnización correspondiente. La figura se asemeja mucho a la compensación o concurrencia de culpas, al menos en lo que respecta a los efectos de esta.

Al referirse a las consecuencias jurídicas de la responsabilidad concurrente, la doctrina señala que si el perjudicado es responsable al originar o al agravar el daño, entonces el deber de indemnizar, así como su alcance, «depende de las circunstancias y en particular de la determinación de hasta qué punto el daño ha sido preponderantemente causado por una u otra parte».[637]

En suma, la obligación de indemnizar puede ser disminuida o, inclusive, desaparecer, dependiendo del alcance de la responsabilidad concurrente.

En primer lugar, se dice, es decisiva la causalidad bilateral, no la culpabilidad, la cual solo cuenta en las circunstancias a considerar en otros casos. «Causalidad», en sentido estricto, de acuerdo con las ciencias naturales, es concepto que no admite graduación: existe o no

[637] Larenz, Karl. *Op. cit.*, tomo I, p. 226.

de modo absoluto. Si a pesar de ello la ley intenta diferenciar entre mayor o menor causalidad concurrente, se apunta que debemos recurrir a los diversos grados de «adecuación», de peligrosidad de una conducta o de una explotación industrial, como por ejemplo el uso de un automóvil o la intensidad de las fuerzas puestas en movimiento por uno y por otro. Se trata, por tanto, de una imputación de las consecuencias de hecho, en cuyo desenvolvimiento se encuentra en primer término la peligrosidad objetiva y su carácter típico.

Sobre la concurrencia de culpas del acreedor y del deudor, es del caso recordar la siguiente Ejecutoria Suprema:

> «La empresa de transportes está obligada a conducir al pasajero sano y salvo al lugar de su destino.- Al fijarse la indemnización por el incumplimiento de esta obligación debe tenerse en consideración si el pasajero con su conducta contribuyó o no a causar el daño».[638]

18.5.3. Las acciones que surgen ante el hecho de la víctima

Si además de la víctima (directa), sufren perjuicios sus herederos u otros terceros, estos están facultados para accionar en materia de responsabilidad civil. Pero, ¿resulta pertinente fundamentar ante ellos el hecho de la víctima como causal de exoneración total o parcial?

Al respecto, se plantean tres tipos de acciones:

(a) Acción personal de la víctima

> Debe tenerse en cuenta que si el hecho de la víctima es la causa exclusiva del evento dañoso, el demandado queda totalmente libre de responsabilidad, siendo indiferente quién demande;

[638] Ejecutoria del 3 de abril de 1957. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n.° 162, 1957, p. 811.

o, en todo caso, habrá lugar a una reducción parcial si hubo culpa concurrente, la misma que se determinará de acuerdo con la magnitud o gravedad de la falta.

(b) Acción hereditaria

Es la denominada acción *exaherede*. Cuando los herederos actúan como continuadores de la personalidad del causante, estos asumen todos los derechos y obligaciones que tenía el causahabiente, en las mismas condiciones en que se hallaban al tiempo de su muerte.

Por esta razón, a ellos se les puede oponer el hecho de la víctima como causa excluyente total o parcial de responsabilidad.

(c) Acción personal de terceros

También denominada acción *iure proprio*.

En un inicio se sostuvo que la actividad de la víctima no era oponible a los terceros que ejercieran una acción personal, aun cuando fueran herederos.

Posteriormente, la jurisprudencia francesa esclareció el asunto y determinó que la culpa de la víctima le es oponible a todo el mundo, sin distinguir entre herederos y terceros.

Por otro lado, en relación con este punto también se ha planteado el hecho de si una culpa grave de la víctima absorbe una culpa grave del demandado y viceversa.

Este tema ha sido abordado hondamente por Jorge Santos Ballesteros,[639] quien apunta que todo se plantea en el campo de la causalidad adecuada. En efecto, se dice que el análisis del vínculo de causa a efecto, obliga en el contrato de transporte —cuando sea intencional una de las culpas— a convertirla en la causa única del daño y, por tanto, a condenar íntegramente al transportador o, por el contrario, a absolverlo enteramente.

[639] Santos Ballesteros, Jorge. «La responsabilidad civil derivada del transporte terrestre y aéreo». Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas. Número 62, junio de 1982, pp. 352 y ss.

En suma, el perjuicio causado a una persona da origen a una relación de derecho entre la víctima y el autor del daño. Se dijo que cuando la actividad del agente constituye la causa exclusiva del daño, este y sus herederos serán obligados a la respectiva indemnización, y por la misma razón no habrá lugar a reducciones o pagos parciales.

Pero también, como se vio, pueden presentarse casos en los que la víctima concurre en la producción del daño. Aquí se tiene que analizar la incidencia causal de la víctima a fin de lograr una justa graduación del monto indemnizatorio. Para ello, como expresa la doctrina, hay que sopesar las diferentes situaciones que se pueden presentar según los sujetos se hallen inmiscuidos en una responsabilidad directa con culpa probada, una responsabilidad por el hecho ajeno o una responsabilidad por actividades peligrosas. Pero, en todo caso, para la concurrencia de culpas será necesaria la existencia de una actividad generadora del daño de cada parte.

18.6. El estado de necesidad

El estado de necesidad tiene en Derecho muchas orientaciones o sentidos, aunque en esencia —como veremos— constituye un concepto unívoco.

Así, por ejemplo, Rubén Compagnucci de Caso[640] lo define como

[640] Compagnucci De Caso, Rubén H. «Daños causados en estado de necesidad». En *La Responsabilidad. Homenaje* a Isidoro H. *Goldenberg. Op. cit.*, p. 213.

la posición jurídica de quien para evitar un mal mayor a su persona o bienes, causa un daño a otro que no es autor del peligro.

En ese mismo sentido, Von Liszt[641] precisa que el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos.

Mientras que en el Derecho Penal es una causal de justificación de la conducta por exclusión de la ilicitud y, por consiguiente, de inimputabilidad de su autor, en el Derecho Civil tiene la característica de dar virtualidad a la invalidez de la manifestación de voluntad, muy cercana a la violencia moral, o bien como un supuesto de causa excusable de la responsabilidad.

En ese orden de ideas, el estado de necesidad se presenta —en general— como una situación de peligro para un bien jurídico que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico; o, en otras palabras, como una circunstancia que se plantea como el único medio para evitar un mal más grande o igual, pero causando un mal menor o igual.

Hay quienes niegan que la institución del acto necesario o estado de necesidad haya sido abordada en el Derecho Romano, o por lo menos que no se hizo del modo tan apropiado como en el Derecho Germánico, donde se desarrollaron amplísimas normas que luego repercutieron en la Edad Media. Se dice que fueron los escritores de los siglos XVI y XVII quienes hablaron del estado de necesidad con prolija maestría.

[641] Citado por Jiménez De Asúa, Luis. *La ley y el delito*. Buenos Aires: Editorial Sudamérica, 1984, p. 302.

Sin embargo, Néstor de Buen Lozano[642] refiere que pueden encontrarse antecedentes en el Derecho Romano, en la *Lex Plaetoria* y en la *In Integrum Restitutio*. La primera —acota—, concedía una acción pública contra quien hubiere engañado a un púber menor de veinticinco años y a este se le otorgaba una acción restitutoria. Por virtud de la segunda, de origen pretoriano, cuando alguien se dañaba con la ejecución de un acto jurídico —válido conforme al Derecho Civil, pero contrario a la equidad— se podía exigir, mediante la *in integrum restitutio*, que volvieran las cosas a la situación anterior. Esta acción se podía ejercer en los casos de minoridad, error, dolo, violencia, ausencia necesaria y *capitis diminutio*. La *in integrum restitutio* —finaliza el citado autor—, se apoya, en cierta medida, en la figura de la lesión. Al menos no cabe duda de que a través de la *in integrum restitutio* se da importancia a la lesión, por primera vez, en la historia del Derecho.

18.6.1. Elementos del acto necesario

En lo que respecta a los elementos o condiciones del acto necesario, se mantiene la misma línea al indicar como tales a los siguientes:

18.6.1.1. El peligro actual de sufrir un daño en un bien jurídico

Es preciso que el bien jurídico se encuentre en peligro, vale decir amenazado de ser destruido o disminuido. Pero, además, se exige que dicho peligro sea inminente y grave.

Todo ello se adopta en el sentido de que el peligro del daño debe ser actual (no futuro, mediato o próximo, pues el amenazado podría válidamente recurrir a otros medios para evitarlo), real (no imaginario), contemporáneo con el acto que se reprocha al defendido y que

[642] De Buen Lozano, Néstor. *La decadencia del contrato*. Segunda edición. México: Editorial Porrúa S.A., 1986, p. 247.

la amenaza lo sea a un bien jurídico «protegido» (objeto de tutela jurídica).

18.6.1.2. Que la situación de necesidad no haya sido causada por la persona amenazada

Resulta indispensable que el sujeto deba ser ajeno a la situación que lo aqueja; en otras palabras, no debe haber producido el mal mayor, pues de lo contrario el hecho no se manifestaría como una causa de justificación.

Sobre esta exigencia se dice[643] que no parece que pueda admitirse que la sola atribución causal del peligro excluya la eximente; sería tanto como aceptar una responsabilidad objetiva. La cuestión se limita a la responsabilidad subjetiva y, en tal sentido, los puntos de vista van desde excluir la justificante solo cuando la provocación ha sido intencional, hasta dejar fuera todas las formas de culpa en la provocación del peligro. Asimismo, se apunta que la provocación dolosa del estado de necesidad es la única que excluye la eximente, entendida como previsión del resultado y asentimiento en él.

En el caso de que la actuación tienda a evitar un mal a terceros, no debe tomarse en consideración el dolo del tercero que creó la situación de necesidad. Quien actúa para evitar el mal, obra legítimamente, pues él ha sido extraño al mal mayor e inminente que trata de evitar.

18.6.1.3. Que no exista otra vía para eludir el peligro o inevitabilidad del daño causado

Con este requisito, el comportamiento queda justificado como «necesario». Él exige que el perjuicio que se ocasiona sea llevado a cabo porque no se tenía al alcance otra vía para elegir.

[643] Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal.* Segunda edición corregida y actualizada, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Parte General, tomo II, pp. 189 y 190.

No se trata de demandar al agente la previsión del peligro (es decir, anticiparlo o evitarlo), ni tampoco que haya hecho todo lo posible para evitar que aquel surja, pues ello resulta demasiado gravoso.

Lo que debe anotarse es el hecho de que si el autor no tenía otro camino lícito a tomar, y lo que hizo era la única posibilidad de evitar el mal, su acción queda justificada.

Al respecto, un sector de la doctrina percibe que dentro de la multiplicidad de situaciones que brinda la experiencia cotidiana, se pueden observar diferentes tipos: actos altruistas, como cuando alguien para evitar embestir al menor colisiona a otro automóvil detenido; o actos necesarios *(acte de devouement),* como sucedería si quien ninguna relación tuvo en los hechos, para salvar a los que están en una casa incendiándose, rompe la puerta y los socorre; o actos egoístas *(acte egoiste),* como el del náufrago que está sobre una balsa e impide subir a otros que se acercaban golpeándoles las manos con elementos cortantes; por último, los llamados actos de sacrificio o de abnegación, que quedarían un tanto fuera de estos supuestos, como cuando alguien —aun peligrando su integridad física— interviene para salvar a otro.

18.6.1.4. Que el daño que se ocasione sea menor que el que se evite

El daño causado debe ser siempre menor que el que amenazaba a la persona del agente, a sus bienes, o a ciertos terceros.

Mariana Gesualdi[644] precisa que con el fin de encuadrarlo como un «mal menor», que aquel que se procura evitar, debe considerarse el resultado disvalioso que en concreto produce el comportamiento

[644] Gesualdi, Mariana. «De la antijuridicidad a las causas de justificación». En *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, p. 150.

en ese supuesto de hecho, y no el mal que en abstracto y genéricamente trae aparejada la lesión al bien jurídico.

Dentro de ese orden de ideas no podría admitirse que un comerciante que viaja a bordo de un barco que amenaza naufragar, trate de salvar sus mercancías arrojando al agua pasajeros que viajan con él, para aliviar el peso y evitar que se hunda.

18.6.2. Naturaleza jurídica

En torno a la naturaleza jurídica del estado de necesidad, las posiciones de la doctrina giran alrededor de tres posturas principales:

18.6.2.1. El estado de necesidad como una situación ajurídica

Según esta posición, el estado de necesidad configura un hecho que se encuentra fuera de la previsión legal. De ahí la famosa frase de Unger: «la necesidad no conoce ley», tratando de explicar que tales circunstancias se encuentran más allá de todo aspecto legal y no pueden valorarse de conformidad a esos principios.

Comparten este criterio autores como Binding, Fichte, Scaturro, Cazeaux y Trigo Represas, Rezzonico, Ferrini, Acuña Anzorena y Llambías, entre otros.

18.6.2.2. El estado de necesidad como un acto ilícito

Autores como Chironi, Lalou y Azard, Viney, Aguiar y Tedeschi, entre otros, resaltan que nadie tiene derecho a sacrificar bienes ajenos, aun cuando sea para evitar perjuicios propios, pues ello constituye un acto antijurídico. Incluso, se agregó que si bien se trata de un acto ilícito, tiene la característica de su falta de culpabilidad o de inimputabilidad del autor.

18.6.2.3. El estado de necesidad como un acto lícito

Para García Amigo, De Ángel Yagüez, Larenz, Hedemann, Mazeaud y Tunc, Von Tuhr, Giorgi, Orgaz, Peirano Facio, Borda, Carranza, y muchos otros, el estado de necesidad es conforme al ordenamiento jurídico y por ende un acto lícito.

Se hace hincapié[645] en que la actividad realizada fue una especie de camino sin salida, donde no existió ni se planteó un conflicto con el derecho objetivo y, abundando en sus argumentos, consideran que tampoco es razonable entender que se actuó con culpa o dolo. Mediando una causa totalmente ajena y extraña al agente, es impensable ingresar otras calificaciones que la de estar ante un acto «lícito».

Por nuestra parte, consideramos que este criterio es el que mejor satisface a los postulados de la institución, así como al sentimiento de justicia.

Por otro lado, la doctrina aborda el tratamiento de esta figura diferenciándola de otras eximentes de responsabilidad (o pena).

Así, por ejemplo, confrontándola con la legítima defensa (institución de la que nos ocuparemos más adelante), se dice que en esta se repele una agresión ilegítima, que como tal debe partir de un ser humano, en tanto que en el estado de necesidad la situación se crea por «fuerzas no dirigidas directamente por el hombre». En la legítima defensa, el mal causado puede ser mayor que el que se trata de evitar y entonces no se requiere una proporcionalidad absoluta. El estado de necesidad se caracteriza por la colisión de intereses legítimos, en tanto que en la defensa la agresión que se impide o repele es ilegítima.

---

[645] Compagnucci De Caso, Rubén H. *Op. cit.*, p. 219.

También se diferencia al acto necesario de la «coacción», figura penal que excluye la culpabilidad, de apreciación subjetiva, con todas las distintas consecuencias que van desde una situación justificante a una disculpante. En cambio, el estado de necesidad es un fundamento de justificación, de apreciación objetiva. En la coacción el acto se mantiene ilícito y si la culpabilidad desaparece para el coaccionado, se mantiene intacta en el coaccionante.[646]

Por otra parte, debemos subrayar que el pensamiento se muestra uniforme en el sentido de que la reparación de los daños debe ser limitada y no plena. Así, algunos autores creen viable aplicar el principio del enriquecimiento sin causa, el de la expropiación privada, la equidad, la solidaridad o la reparación de los daños.

Goldenberg[647] piensa que para lograr un resarcimiento acorde y ajustado a las circunstancias, considerando los valores en juego, el del damnificado y el del autor del hecho, es necesario acudir a los principios de la causalidad jurídica. Analizar en qué medida el accionar del agente puso la condición causa adecuada del perjuicio, y en qué dimensión actuaron los demás factores que le impelieron a realizar el acto, y de allí y en función de los principios de equidad que nuestros jueces deben aplicar, surgirá la reparación del daño.

18.7. La legítima defensa

Se considera a la legítima defensa como otro de los factores extraños a la relación causal de responsabilidad. Esta tiene un valor objetivo de exclusión de la ilicitud. Su fundamento se halla involucrado en la teoría general de la justificación.

[646] Véase al respecto Fontán Balestra, Carlos. *Op. cit.*, tomo II, Parte General, pp. 178 y 179.

[647] Citado por Compagnucci De Caso, Rubén. *Op. cit.*, p. 223.

18.7.1. Teorías que la justifican

Las tres teorías que justifican la legítima defensa se caracterizan por sentar como principio la perfecta licitud de la defensa privada, y no su mera impunidad.[648] Entre ellas, podemos citar las siguientes:

18.7.1.1. Teoría del derecho de necesidad

Esta teoría, expuesta por Hegel, se fundamenta en que no puede negarse a la vida personal, en caso de extremo peligro, el derecho de sacrificar el bien jurídico de otro.

Así, se ha puesto énfasis en que la vida, como forma concreta, tiene un derecho frente al derecho abstracto, pues negarle a la vida su derecho de autoconservación, importaría considerar al hombre como carente en general de derechos, y llevaría a negar íntegramente su libertad.

El denominado «derecho de necesidad» no apunta a desconocer el derecho de quien sufre la lesión, sino que solo declara la eventual y restringida necesidad de que la soporte.

En suma, solo la «necesidad» del presente inmediato puede facultar a una acción antijurídica, ya que en su omisión misma yace la comisión de una ilicitud, lo cual significaría una negación total a la existencia de la libertad.[649]

[648] Como lo hacían, por ejemplo, la teoría de la coacción psíquica de los franceses, la teoría de la inutilidad de la amenaza penal de Kant, o la de la colisión de derechos de Von Buri (Véase al respecto Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1963, tomo I, pp. 353 y 354).

[649] Hegel, citado por Soler, Sebastián. *Op. cit.*, tomo I, p. 355.

18.7.1.2. Teoría de la cesación del derecho de punir

Esta es una concepción iusnaturalista propuesta por Carrara. El referido autor trata a la institución dentro de la coacción, pero no la basa en ella, sino en el hecho de que el Estado tiene entre sus fines el de la conservación del hombre, para lo cual le impone el deber de su propia conservación y el de su subordinación a la autoridad.

La defensa pública —dice Carrara—[650] defiende a la humanidad impotente para hacerlo por sus propios medios, pero cuando la defensa privada es eficaz e ineficaz la pública, aquella recupera su derecho. Es imposible, señala, que la ley de la naturaleza que manda al hombre no dejarse matar, ordene a la autoridad que castigue a aquel hombre porque no se dejó matar.

18.7.1.3. Teoría de la legitimidad absoluta

Tras el camino trazado por Hegel y Carrara, Von Ihering defiende la licitud de la legítima defensa con tanta energía que expresa que esta es, a la vez, un derecho y un deber del ser humano, y, por ende, solo puede aplicársele a él y no al animal, pues a este le falta la relación consciente de su existencia por sí y para el mundo. Finaliza el citado autor alemán aduciendo que negar o restringir el derecho de defensa al hombre es degradarlo hasta la condición de bestia.

Dentro de ese orden de ideas, se denomina legítima defensa a la resistencia necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada.

De esta denominación o conceptualización, podrían extraerse las condiciones de la figura, a saber:

[650] Citado por Fontán Balestra, Carlos. *Op. cit.*, Parte General, tomo II, p. 140.

(a) La agresión debe ser injusta, o sea ilegítima, aunque provenga de quien carece de voluntad, y debe recaer sobre la persona o los bienes materiales o morales de quien se defiende.

(b) El ataque debe ser presente, o sea comenzado y no terminado.

(c) Debe haber necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, vale decir proporcionado a la gravedad de esta.

(d) No debe haber provocación por parte de quien se defiende.

Sobre estas condiciones existe unanimidad en la doctrina. Bastan esas condiciones —se anota—, no siendo necesaria la demostración de que el ataque era imprevisible e irresistible, es decir, que constituía fuerza mayor.

Nuestra ley penal recoge estos mismos caracteres. Así, el inciso tercero del artículo 20 del Código Penal Peruano, prescribe lo siguiente:

Artículo 20.- «Exención de responsabilidad penal. Está exento de responsabilidad penal:

[...]

3.- El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y

c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

[...]».

En ese sentido, si la reacción llega a constituir una lesión en la persona o derechos del agresor, aquella —aunque encuadrable en una figura delictiva— siendo necesaria, no es ilícita, pues la legítima defensa actúa —como vimos— con la característica de una causa objetiva de justificación o exención de responsabilidad.

Estando la legítima defensa relacionada con la licitud del obrar humano, su no punibilidad penal se transmite también al campo civil. Así, el inciso segundo del artículo 1971 del Código Civil prescribe que no hay responsabilidad en caso de legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.

Al respecto, José León Barandiarán,[651] comentando el citado artículo 1971, apunta que este se refiere a casos de no responsabilidad, y que la legítima defensa es uno de ellos, la misma que —a decir del citado profesor— no tiene historia, porque es natural a la persona humana. Su defensa y el estado de necesidad, justifica la pérdida, destrucción o deterioro de una cosa; en suma, excusa cómo obró el agente.

Asimismo, Fernando de Trazegnies Granda[652] expresa que la citada norma se refiere indudablemente a los daños causados a la persona o a los bienes del agresor, ya que los daños causados a terceros para defenderse de un peligro estarían comprendidos en el inciso tercero del mismo artículo.

Los casos incursos en este inciso —agrega— son raros: no sucede a menudo que el agresor (ladrón, homicida, secuestrador, etc.) de-

[651] León Barandiarán, José. «Exposición de Motivos y Comentarios. Responsabilidad Extracontractual». En Revoredo Marsano, Delia. *Código Civil, Op. cit.*, tomo VI, Exposición de Motivos y Comentarios, p. 801.

[652] De Trazegnies Granda, Fernando. *Op. cit.*, tomo I, pp. 195 y 196.

mande a quien se defendió de su ataque, por los daños que recibió como consecuencia de la agresión.

La hipótesis prevista en este inciso —continúa De Trazegnies— no se refiere a la situación de riña. En la riña, dos o más partes son simultáneamente agresoras y agredidas; consecuentemente, no se aplican las reglas de la legítima defensa, sino que todos y cada uno de los participantes de la riña deben ser considerados como agresores y responsables por los daños que causen a todos y cada uno de los otros.

En el caso analizado estamos ante una exclusión del campo de responsabilidad y no de una exención por falta de culpa: la persona que se defiende actúa intencionalmente para causar un daño a otra (le dispara, la golpea, etc.); pero lo hace sobre la base de un derecho de dañar que le otorga la ley con el objeto de repeler una agresión.

En realidad, finaliza De Trazegnies, los casos de legítima defensa y de estado de necesidad (que hemos estudiado anteriormente), no son sino agregados al principio general expuesto en el inciso primero del artículo 1971 del Código Civil Peruano: se trata de situaciones especiales del ejercicio regular del «derecho de dañar». Lo particular de estos «daños autorizados», a que se refieren los incisos 2 y 3 del artículo 1971, es que se trata de un derecho que no se tiene formalmente (como el del verdugo), ni permanentemente (como el del comerciante a causar un daño comercial a sus competidores), sino que responde a una circunstancia extraordinaria: solo a título de respuesta y en situaciones muy peculiares (la agresión) aparece tal derecho de dañar.

18.8. El incumplimiento derivado de lesión

La imposibilidad de cumplir con la prestación asumida al celebrar un contrato puede también derivarse a un desequilibrio nocivo para uno de los contratantes, cuando este no percibe lo que por justicia le corresponde.

La sola tenencia desproporcionada de bienes y riquezas conlleva a la diferencia entre los hombres, realidad socio-económica que, a su vez, acarrea —en algunos casos— la contratación en condiciones sumamente desventajosas para uno de ellos.

Así, el acto lesivo se refiere al menoscabo o perjuicio económico, presente en el mismo proceso de celebración del contrato, debido a determinadas situaciones o circunstancias, como exceso de confianza, buena fe, información equivocada, falta de conocimiento, ligereza e inexperiencia, inmadurez, necesidad apremiante, etc.

Para nuestra legislación, como se sabe, la lesión es una causal de rescisión de los contratos típicos y atípicos que se celebren a título oneroso y tengan carácter conmutativo, y opera cuando una de las partes (el lesionado) sufre un desmedro económico por un notorio desequilibrio entre los valores de la prestación y la contraprestación existentes al momento de la celebración del acto. Asimismo, a tenor del segundo párrafo del artículo 1447 del Código Civil, se hace extensiva su aplicación a los contratos aleatorios cuando la desproporción se produzca por causas extrañas al riesgo propio de ellos.[653]

Se ha argumentado que la sola desproporción evidente entre la prestación y la contraprestación al momento de la celebración del contrato, no autoriza su invalidación y que esta solo se produce si la referida desproporción resultase del abuso consciente de la parte beneficiada, como consecuencia del estado de necesidad en que se encuentre la contraparte o de su inexperiencia.

[653] En torno al tema de la lesión en los contratos aleatorios, remitimos al lector a las opiniones vertidas en su oportunidad por uno de los coautores del presente estudio en una obra anterior (Castillo Freyre, Mario. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*. Biblioteca Para leer el Código Civil, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. XIV, pp. 450-452).

De ahí que nuestra legislación admita la postura mixta respecto de la naturaleza jurídica de la lesión. Es decir, se deben conjugar los elementos objetivos y subjetivos para que la lesión se presente, dando lugar a dos aspectos concretos que —en principio— deben ser materia de probanza al plantearse el reclamo.

Así, por el lado objetivo, la lesión debe acarrear una desproporción en el valor de las prestaciones a favor de una de las partes y en perjuicio de la otra. En este caso, se aplicará la fórmula matemática que precisará el *quantum* de esa desproporción.

Como apunta la doctrina, el elemento objetivo se configura con una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, o bien con una notable desproporción de las prestaciones. El artículo 1447 del Código Civil, al referirse al elemento objetivo de la lesión, establece la necesidad de que exista una desproporción mayor de dos quintas partes entre el valor de las prestaciones.

Y por el lado subjetivo se requiere, además, de la explotación que haga el lesionante de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte. La urgencia extraordinaria implica existencia de intereses a satisfacer, la deficiencia de bienes aptos para satisfacer dichas necesidades y una amenaza de consecuencias dañinas derivadas de la falta de satisfacción. Ante tales «riesgos», el aprovechador o lesionante saca partido de la debilidad de su contraparte.

Hemos anotado que estos tres elementos, el objetivo y los dos subjetivos, requieren, en principio, de la probanza para poder reclamar perjuicio por lesión. Sin embargo, el artículo 1448 del Código Civil establece que si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado.

Según anotáramos,[654] resulta evidente que a través de esta presunción se está invirtiendo la carga de la prueba del vicio de lesión, la que corresponde por lo general al lesionado, ya que se está presumiendo que de existir la mencionada desproporción, que por lo demás es bastante elevada, quien deberá probar la inexistencia de la lesión —por carencia de sus elementos subjetivos— será la parte lesionante. El lesionado aquí deberá probar solamente la referida desproporción.

Ahora bien, la desproporción de las prestaciones que constituya la lesión debe hallarse presente al momento de la celebración del contrato, al tiempo de la concertación; no antes porque aún no hay vínculo jurídico entre los sujetos, ni después porque el desequilibrio tendría otro origen y daría nacimiento a otra figura jurídica que ya no es la lesión.[655]

Dado que el «germen» determinante de la lesión se hace presente al momento de la celebración del contrato, resulta evidente que el «remedio» jurídico planteado sea el de la rescisión del acto, pues el contrato lesivo —por su falta de equivalencia en el valor de las prestaciones— no debe continuar surtiendo efectos.

La rescisión (artículos 1370 y 1372 del Código Civil), como se sabe, tiene por finalidad dejar sin efecto al contrato y hacer que las partes recuperen todo lo que por la ejecución del mismo hayan entregado al otro contratante.

Sin embargo, puede ocurrir que esta acción resulte inútil para el lesionado, cuando no sea posible que el lesionante devuelva la prestación recibida. Es decir, la consecuencia propia de la rescisión no puede verificarse: no es posible la devolución de las prestaciones ejecutadas; por ejemplo, el hecho de haber perecido el bien materia de una compraventa, en cuyo caso no podría ser restituido.

[654] *Ibidem*, pp. 449 y 450.
[655] *Ibidem*, pp. 452-454.

Dicha situación puede considerarse, entonces, como otro de los supuestos irruptores del nexo causal, que acarrearía un «incumplimiento» y que, por ministerio legal, establece una sanción distinta del resarcimiento indemnizatorio propiamente dicho.

Aquí se plantea la posibilidad de entablar de manera supletoria la acción de reajuste. Esta mantendría vigente el contrato y constituiría una salida equitativa, pues de lo que se trata es que el lesionante o el beneficiado por la desproporción de valor entre las prestaciones, acuda al perjudicado o lesionado con esa diferencia, a fin de que cumpla con lo que falta para alcanzar el mismo nivel económico de la otra prestación.

Lo que debe resaltarse es que con la acción de reajuste, el lesionado no queda desamparado cuando ya no puede obtener la restitución de la prestación que él sí cumplió. Este no pierde su derecho a la obtención del mayor precio que debió recibir si se trata de una compraventa o de la proporción que aún falte por cumplirse para obtener la equivalencia de las prestaciones, en cualquier otro contrato.

Asimismo, resulta interesante que la misma situación también signifique una salida para el lesionante. Si bien es cierto que fue el lesionante quien se aprovechó del estado de necesidad de su contraparte, provocando la desproporción de las prestaciones y, por ende, configurando la lesión, este puede verse imposibilitado de «cumplir» con la sanción legal o consecuencia de la rescisión, vale decir que el no poder restituir la prestación que recibió puede deberse a situaciones que no se originaron directamente con sus actos.

En otras palabras, el deterioro o la destrucción del objeto de la prestación, que debía restituirse como consecuencia de la rescisión, puede no imputársele al lesionante.

Finalmente, si bien el dispositivo legal precisa que la acción de reajuste es supletoria a la rescisión infructuosa, hay quienes anotan —y a cuya opinión nos aunamos— que no habría inconveniente para que el lesionado opte por esta acción antes que por la rescisión, pues puede convenirle cobrar el saldo pendiente en vez de obtener la restitución del bien, mucho más si está deteriorado, aunque dicho deterioro fuese insignificante.

Esta solución sería, además, congruente con la uniformidad del Código Civil en preferir conservar vigentes los contratos antes que hacerles perder eficacia.

18.9. El incumplimiento derivado de excesiva onerosidad de la prestación

Dice André Toulemon[656] que el día en que Bethman Holweg declaró ante el mundo civilizado que no se consideraba ligado por una firma puesta al pie de un tratado, se inició la era de las «tiras de papel».

La expresión «tiras de papel» sintetiza la amarga ironía de los juristas franceses, formados en la escuela del Código Napoléon, al enjuiciar la llamada «crisis del contrato» o «decadencia de la soberanía del contrato».

La fuerza obligatoria del contrato tuvo su época de oro al promulgarse el artículo 1134 del Código Napoléon. El legislador francés utilizó conceptos vigorosos: «Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley (*lieu de loi*) entre las partes que las han celebrado». *Pacta sunt servanda.*

[656] Toulemon, André. *El menosprecio de los contratos y la crisis.* Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1945, p. 61.

La teoría del contrato, influida por los preceptos de la escuela liberal, respondía, en la legislación francesa, al principio casi absoluto de la autonomía de la voluntad.

La organización jurídica suponía el máximo de poder en el individuo, quien no experimentaba sino un mínimo de coacción social. Las estipulaciones contractuales eran concertadas libremente por las partes y cuando ellas no atentaban contra el orden público o las buenas costumbres tenían fuerza obligatoria.

El Código Napoléon, promulgado en el año 1804, ejerció notable influencia en todos los cuerpos legislativos del siglo XIX.

Sin embargo, durante el mismo siglo XIX se elaboró un lento proceso social, en armonía con los postulados de las escuelas sociales y socialistas, que poco a poco redujo el dominio de actividad de los intereses individuales en provecho de los intereses colectivos. Se buscaba un equilibrio racional entre los derechos del individuo y los derechos de la colectividad. El Código Civil Alemán del año 1900 es el fruto de este proceso.

De allí en adelante, todas las codificaciones acogerían los preceptos del Derecho francés y del Derecho alemán. El Código Civil Peruano de 1936 no fue la excepción. Él aprovechó las enseñanzas de la ley francesa a través del Código Civil de 1852; pero en sus disposiciones también se percibía la técnica del legislador alemán, directamente, por la influencia del Código Civil de 1900, e indirectamente, por las normas de los Códigos Suizo y Brasileño de 1916.

A principios del siglo XX el contrato empieza a sufrir hondas transformaciones. Los conceptos tradicionales acerca del contrato evolucionan aceleradamente. Este nuevo proceso surge con los llamados por Saleilles «contratos de adhesión».

La difusión de los servicios públicos obliga al legislador a dictar normas a las que necesariamente deben someterse la prestación de estos servicios. Los pactos entre los concesionarios de los servicios públicos y los usuarios no son el resultado de la libertad contractual, de la autonomía de la voluntad que había proclamado el legislador francés. Ellos son el resultado de la intervención del Poder Público, quien fija tarifas y condiciones contractuales. Empieza en esta forma a restringirse el ámbito de la convención.

Paralelamente se inicia el auge del Derecho de Trabajo. Los contratos de trabajo empiezan a revestir características de contratos de adhesión. No son las partes quienes determinan las condiciones esenciales de la convención laboral. Es el Poder Público. Retribuciones mínimas, jornadas máximas, plazos para los avisos de despedida, regímenes indemnizatorios, seguridad social, en suma, tipifican las normas imperativas que rigen los contratos de trabajo, reduciendo considerablemente el libre juego de la voluntad. Se va al estatuto, al contrato-reglamento, del que hablan los Mazeaud.

Ingresamos en la época del dirigismo contractual, en que el legislador fija las condiciones y efectos del contrato.

El llamado «legislador dirigista», que inicialmente circunscribe su actividad a los contratos de adhesión y de trabajo, empieza, poco a poco, a invadir los campos de la contratación civil y mercantil. Su intervención empieza a ser ilimitada y su influencia permanente.

Pero no en todo contrato existe un intercambio instantáneo de prestaciones. Hay contratos de prestaciones diferidas. También hay contratos de prestaciones continuadas o periódicas que surten sus efectos en el transcurso de un lapso determinado.

En el siglo XX, dos conflictos mundiales originan graves alteraciones sociales, políticas y económicas, que naturalmente repercuten en los contratos cuya ejecución se desplaza en el tiempo. Se producen

severos desquiciamientos contractuales e institucionales, que convierten al «legislador dirigista» en «legislador de emergencia».

La intervención del legislador no está ya solo destinada a dictar la norma imperativa a que deben someterse los contratantes. El legislador no se limita a fijar las condiciones y efectos del contrato a concertarse. El «legislador de emergencia» empieza a regir los propios contratos en vigencia.

La fiel y exacta ejecución de los contratos de prestaciones diferidas, continuadas o periódicas, con motivo, principalmente, de la desvalorización extraordinaria de las distintas monedas o del encarecimiento exagerado de la prestación, puede originar injusticias. No todos los jueces adoptan aquel temerario fallo de los tribunales italianos, según el cual la desvalorización del marco germánico de 1914 acarreaba la transformación del papel moneda en simple papel, de modo que la *res* prevista en el contrato debía considerarse perecida. Y el legislador, por tanto, se siente constreñido a intervenir para evitar tales injusticias.

Moratorias, congelación de precios y arrendamientos, suspensión de acciones judiciales, rescisión de los contratos en curso son las características de estas nuevas corrientes legislativas. Se las llama «Leyes de circunstancias».

La equidad, el interés social, el orden público obligan al «legislador de emergencia» a dictar normas aplicables a los contratos en curso.

Equidad, interés social son conceptos impregnados de principios morales, nociones subjetivas, cuyo ámbito de aplicación puede extenderse indefinidamente.

Orden público empieza a ser todo aquello que el legislador califica como tal y, desde este punto de vista, casi nada escapa a su alcance.

La difusión de estas «leyes de circunstancias», a menudo anticonstitucionales, empieza a robustecerse. Su influencia también es permanente y se siente en nuestro tiempo.

El «legislador de emergencia» no puede, sin embargo, prever todas las situaciones que se suscitan. Las leyes se dictan para casos generales, no para casos concretos.

El Poder Judicial carece frecuentemente de normas expresas, de «leyes de circunstancias», que le permitan revisar todos los contratos de prestaciones diferidas, periódicas o continuadas, que se encuentran vigentes, en los que se han producido severos desequilibrios económicos.

Entonces se echa mano a la teoría de la imprevisión, a esos principios olvidados por los codificadores del siglo XIX que actuaron influenciados por la fórmula concluyente del articulo 1134 del Código Napoléon, que lo faculta a intervenir en el contrato en curso cuando «las circunstancias existentes en el momento de su celebración han variado».

Es el precepto *rebus sic stantibus*, que los canonistas de la Edad Media y los postglosadores consideraron implícitamente incorporado en cada contrato. Es la excepción a la regla *pacta sunt servanda*, que permite la revisión del contrato cuando se modifican las situaciones de hecho existentes en la época de su celebración.

Para suplir las omisiones del «legislador de emergencia», se desentierran viejos conceptos filosóficos y jurídicos sepultados por el Código Napoléon.

Sin embargo, los jueces, como es natural, tienen serios reparos en aplicar un antiguo principio filosófico y jurídico, desarrollado en la Edad Media, contra el texto de la ley. Tienen reservas en acoger llanamente la teoría de la imprevisión, sin un asidero en la norma jurídica. Adoptan tesis singulares para sostener que la teoría de la imprevisión había sido consagrada por el legislador en nociones tradicionales del Derecho Civil, tales como la fuerza mayor, la lesión, el error, el abuso del derecho, el enriquecimiento indebido, la buena fe o la equidad, aduciendo que estos preceptos facultan a un tribunal para revisar el contrato de prestaciones diferidas, periódicas o continuadas, cuando surgen graves desequilibrios.

Los tribunales alemanes e italianos, en especial los primeros, elaboran una copiosa jurisprudencia acerca de la teoría de la imprevisión.

Los tribunales alemanes, usando un Código más flexible y moderno que la ley francesa, y sin el texto riguroso del artículo 1134 del Código Napoléon, consideraron que el legislador había sancionado implícitamente, en distintas normas legales, la teoría de la imprevisión.

El Poder Judicial Italiano trabajó activamente con los mismos conceptos. Justamente la jurisprudencia y doctrina italianas conducen al legislador de 1942 a consagrar con una expresión afortunada —«excesiva onerosidad de la prestación»— la fórmula legislativa de la teoría de la imprevisión.

Este texto legal significa, en buena cuenta, la existencia de un notable desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones, pues la prestación excesivamente onerosa supone, correlativamente, otra prestación insuficientemente onerosa. Y autoriza la revisión del contrato en curso cuando concurren las circunstancias que la ley señala.

La Corte de Casación francesa permaneció, sin embargo, fiel a sus tradiciones jurídicas.

El artículo 1134 del Código Napoléon impedía a los tribunales intervenir en los contratos en curso, aunque se hubiese producido un severo desequilibrio entre las prestaciones.

La primera resolución importante de la Corte de Casación francesa, el primer antecedente de la «jurisprudencia de guerra», es dictada en el año 1876 en el caso Caprone. Esta resolución inspiró permanentemente a la Corte de Casación francesa y constituyó el pensamiento definitivo de este Tribunal.

Caprone, un famoso ingeniero, recibió el encargo de construir un canal de regadío para ser aprovechado por los propietarios de los predios colindantes. El plazo para el pago de las cuotas periódicas que debía abonar cada uno de esos propietarios era muy amplio. En el curso del contrato surgió una circunstancia imprevista, la guerra de 1870, que produjo una notable desvalorización monetaria. Caprone percibiría, en cada cuota, moneda desvalorizada, lo que determinó que reclamara judicialmente un aumento de las cuotas estipuladas.

La Corte de Aix declaró fundada la demanda de Caprone, considerando que en los contratos de tracto sucesivo se admitía su modificación cuando ya no existía una correlación equitativa entre las prestaciones. La Corte de Aix llegó aun más lejos. Sostuvo que el artículo 1134 del Código Civil Francés, que dispone que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes que los han celebrado, no era aplicable a los contratos de tracto sucesivo.

Este fallo fue modificado por la Corte de Casación francesa, quien declaró que los tribunales no están facultados, ni aun en los contratos de tracto sucesivo, para modificar los pactos entre las partes.

El precedente del caso Caprone determinó que al estallar la Primera Guerra Mundial, trastornándose las condiciones económicas y los precios, multiplicándose las alzas y las bajas imprevistas, los tribunales franceses se resistieran a aplicar la teoría de la imprevisión, considerando que no había sido consagrada, ni implícita ni explícitamente, por el texto legal.

En Francia fue preciso que después de apasionados debates se promulgara la ley Faillot el 21 de enero de 1918, que permitía a un comerciante sustraerse de las consecuencias de sus compromisos cuando no había podido prever lo oneroso que se tornarían por obra de la guerra, para que los tribunales revisaran los contratos de ejecución diferida, continuada o periódica. Por ello fue necesaria la dación de una «ley de emergencia».

Los problemas de la llamada «crisis del contrato» o «decadencia de la soberanía del contrato» quedan planteados.

De una parte interviene el «legislador dirigista», con motivo del auge de los contratos de adhesión y de trabajo, para fijar, imperativamente, las condiciones y efectos del contrato.

Casi simultáneamente surge el «legislador de emergencia», para dictar normas aplicables a los contratos de ejecución diferida, continuada o periódica, a fin de remediar el desequilibrio sobrevenido en las prestaciones.

Y, por último, el Poder Judicial acude a los antiguos conceptos de la imprevisión, buscando la consagración implícita de la teoría en el texto legal, en las instituciones clásicas del Derecho Civil, para revisar los contratos en curso no regulados por el «legislador de emergencia».

Las materias objeto de este análisis se circunscriben al último tema.

¿Puede un juez considerar implícitamente consagrada la teoría de la imprevisión en instituciones jurídicas clásicas como el abuso del derecho, el enriquecimiento indebido, la fuerza mayor, la lesión, el error, la buena fe o la equidad, para revisar un contrato en curso?

La respuesta, en nuestra opinión, es negativa.

El abuso del derecho, invocado algunas veces para justificar la modificación del contrato, requiere la presencia de elementos que son

extraños a la teoría de la imprevisión. En el Código Civil Alemán (artículo 226) aquella institución exige que el derecho se ejercite con el único fin de dañar y que, objetivamente, solo pueda tener ese propósito: es el acto contrario al Derecho. En la doctrina francesa existen severas discrepancias acerca del abuso del derecho. Henri y Léon Mazeaud establecen como requisito indispensable para la configuración del acto abusivo la existencia de culpa. Josserand no va tan lejos y critica esa constante referencia de Henri y Léon Mazeaud a la noción de la culpa, base para ellos de cualquier responsabilidad, contractual o aquiliana. Para Josserand, el abuso del derecho consiste típicamente en el acto antifuncional, en «ejercer una facultad egoísta sin provecho para sí mismo y de modo perjudicial para otro, o en elegir, entre diferentes modos de utilización, aquel que era apto para lesionar intereses legítimos».

Pero sea cual fuere la doctrina que en definitiva se adopte, si las partes —en un contrato en que surgen desequilibrios entre las prestaciones— se exigen recíprocamente su cumplimiento, están actuando en ejercicio regular de un derecho: el cumplimiento de los pactos válidamente concertados. Aquí no hay falta de interés serio o razonable, o bien, ánimo de dañar o vejar a otro. Aquí no hay ausencia de motivo legítimo o motivo ilegítimo. El motivo es legítimo; la ejecución del contrato no entra en la esfera de lo ilícito.

Tampoco puede justificarse la teoría de la imprevisión en el enriquecimiento indebido, cuando el enriquecimiento es consecuencia de la ejecución de un contrato. El enriquecimiento de uno de los contratantes encuentra su fuente, en este caso, en el propio contrato.

La fuerza mayor como exoneratoria del cumplimiento de las obligaciones requiere una imposibilidad absoluta. La teoría no tiene aplicación en los casos de imposibilidad relativa debida a la mayor onerosidad de la prestación.

La lesión supone un desequilibrio original entre las prestaciones, no un desequilibrio sobrevenido. La lesión sobrevenida no existe en Derecho.

El error, por último, es un vicio de la voluntad y no concurre, por tanto, en la teoría de la imprevisión.

Existía uniformidad de criterios entre los comentaristas del Código Civil Peruano de 1936 al admitir que la teoría de la imprevisión había sido consagrada por el artículo 1328 de ese cuerpo legal, que dispone que los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe. En este orden de ideas, el concepto de buena fe hubiese permitido a los jueces revisar los contratos de prestaciones diferidas, continuadas o periódicas, cuando surgieran severos desequilibrios entre las prestaciones.

Discrepamos de esta opinión.

El argumento, históricamente, no era aceptable.

La regla de la buena fe en la ejecución del contrato, es un rezago del Derecho romano que recogieron los codificadores franceses sin pensar, por cierto, en la teoría de la imprevisión.

En el Derecho romano se oponían los contratos de estricto derecho a los contratos de buena fe: correspondía a la esencia de estos últimos que su cumplimiento estuviera exento de dolo o de fraude. Las legislaciones modernas, que consagran la buena fe como norma en la ejecución de los contratos, han querido únicamente afirmar la extinción de los contratos de estricto derecho, sin dispensar al deudor del cumplimiento de sus obligaciones.

Es por ello que el artículo 1134 del Código Civil Francés se refiere a las reglas de la buena fe; pero el sentido del precepto no es, evidentemente, permitir la modificación del contrato. Pothier, el jurista

a quien se atribuye mayor influencia en la redacción del Código Napoléon, rechazaba expresamente la teoría de la imprevisión.

La interpretación literal del artículo 1328 del Código Civil Peruano de 1936 tampoco conducía a distinta solución.

La buena fe, referida a la ejecución de un contrato, simplemente designa la equidad que debe presidir la interpretación de las convenciones. Buena fe, en esta acepción, es sinónimo de equidad. Las legislaciones utilizan indistintamente ambos conceptos. El artículo 1134 del Código Napoléon trata de la buena fe. El artículo 1257 del Código Civil Peruano de 1852 se refería a la equidad. El artículo 1328 del Código Civil de 1936 volvía a utilizar la expresión francesa buena fe.

La buena fe o equidad, en este sentido, solo exige el cumplimiento del contrato con lealtad, con honradez. Buena fe significa respeto, seguridad y confianza en la palabra empeñada.

El principio de la buena fe se aplica cuando el sentido de las declaraciones de voluntad de los contratantes es dudoso; cuando, atendiendo a la común intención de las partes, no puede determinarse con certeza su significado.

Sin embargo el concepto de buena fe no es un instrumento destinado a liberar a las partes del cumplimento de sus obligaciones. La equidad, como medio de corregir la rigidez de la norma jurídica, no era posible en el Derecho Peruano durante la vigencia del Código Civil de 1936.

Dentro de ese marco legal, el más grave ataque al principio de la buena fe hubiese sido, justamente, la falta de respeto a la palabra empeñada y la falta de respeto al propio texto legal, el artículo 1328 del Código Civil de 1936, que en su primera parte establece que «los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos [...]».

Por otra parte, si la expresión buena fe, como equivalente de equidad, hubiese permitido modificar los contratos, se habría incursionado por terrenos peligrosos.

¿El contrato sería modificado de acuerdo a la equidad de quién? ¿A la equidad de los contratantes, a la equidad del juez, a la equidad de todo el Poder Judicial, a la equidad de toda la colectividad?

Aceptar que un juez, con su noción muy respetable de equidad, pero que puede ser distinta a la de los contratantes, a la de los demás jueces y a la de toda la colectividad, declare rescindido o resuelto un contrato o modifique sus prestaciones, sería introducir elementos heterogéneos en el Derecho que originarían graves desquiciamientos del comercio jurídico.

La historia ha demostrado que solo cuando el juez se pronuncia según el derecho escrito, y no según su propia y contingente concepción de la equidad, se puede evitar la injusticia de normas desiguales en casos iguales.

Proceder de otro modo sería renunciar a la abstracción de la norma.

El juez no puede dejar de aplicar la norma jurídica. El juez no puede usurpar la función del legislador, atribuyéndose facultades que tenían los pretores romanos pero que ya no se admiten en el Derecho moderno.

La equidad, en abstracto, no puede autorizar a un juez para revisar un contrato, porque el juez, inspirándose en criterios personales de justicia, podría transformar su judicatura en una odiosa imposición.

La incierta figura del juez *legibus solutus*, que aplicara la equidad dejando de lado el texto de la ley, comprometería de un modo irremediable la seguridad de las relaciones jurídicas.

No perdamos de vista que la equidad es un concepto subjetivo, impregnado de nociones morales, esencialmente cambiante de persona en persona, cuya aplicación, por consiguiente, no puede ser dejada íntegramente al arbitrio de los jueces.

La teoría de la imprevisión no fue consagrada ni explícita ni implícitamente por el Código Civil de 1936, y no podían los jueces, por tanto, basarse en el texto legal de ese cuerpo normativo, para intervenir en los contratos cuando se producían graves desequilibrios económicos entre las prestaciones.

Esta opinión obligaba a enfocar el problema desde otro ángulo.

¿Podían los jueces, en ausencia de un texto legal y aplicando los principios de los canonistas de la Edad Media y postglosadores, considerar que la imprevisión estaba implícitamente incorporada en cada contrato?

La respuesta se encontraba en la propia naturaleza jurídica de la relación contractual y debía ser negativa.

El contrato, esencialmente, es un acto de previsión. El contrato es el acuerdo de dos o más voluntades destinado a producir obligaciones. Quien se obliga contractualmente está convencido, al poner su firma, que las ventajas que obtendrá en el porvenir serán superiores a las que abandona.

Admitir, en principio, que un contratante puede retirar su palabra o hacer corregir el contrato, es negar su esencia misma, es decir, el acuerdo formal de voluntades que en determinado sitio, y en hora determinada, se concertó con la intención de producir obligaciones en el porvenir.

Los tribunales, también en principio, deben asegurar el absoluto respeto de los compromisos contraídos. Los jueces no deben obedecer a inspiraciones sentimentales para modificar la ley bajo pretexto de equidad, cuando carecen de autorización expresa para ello.

El precepto *pacta sunt servanda*, el contrato es ley para las partes, no está en desuso. Él conserva plena vigencia porque informa a la contratación y constituye su base, y tiene que ser imperecedero en una organización civilizada, pues la seguridad del comercio jurídico así lo exige.

Las inteligentes reflexiones de los juristas y filósofos que han elaborado la teoría de la imprevisión no eran suficientes para permitir que el juez, sin un texto expreso que así lo autorizara, pudiera modificar las prestaciones incorporadas en cada contrato.

Los conceptos expuestos nos conducen al último problema.

¿Debe existir una norma que faculte a los jueces a intervenir —en determinadas circunstancias señaladas con toda precisión por el legislador— en los contratos de ejecución diferida, continuada o periódica, en que se produzcan graves desequilibrios entre las prestaciones?

La respuesta es afirmativa. Pero este asentimiento está condicionado a que la modificación del contrato, por su propia naturaleza jurídica, se verifique con cautela, con beneficio de inventario.

El principio *pacta sunt servanda* no es absoluto. Él puede ser derogado en condiciones excepcionales, cuando estas condiciones excepcionales, fijadas por el legislador, se cumplen.

Es al legislador a quien correspondía dictar una norma jurídica precisa y prudente que determinara las condiciones en que un juez pudiera revisar el contrato por haberse producido graves alteraciones entre las prestaciones.

Sobre la base de este ideal de justicia debía el legislador buscar el remedio al caso propuesto, al igual que lo hicieron los romanos al

sancionar el error, la lesión, el abuso del derecho o el enriquecimiento indebido.

Estos principios están plenamente justificados.

El contrato no puede convertirse en el vehículo que cause la ruina económica de uno de los contratantes. El contrato no es un instrumento de empobrecimiento de las partes. Situaciones económicas patológicas pueden convertir simples pérdidas en verdaderas catástrofes.

La excepción se justifica para mantener una composición equitativa de intereses convertidos en profundamente contrapuestos.

Dice Planiol que «el interés general exige que el respeto a la palabra empeñada sea fortalecido contra todo lo que pudiera debilitarlo»; sin embargo, nadie podrá negarse a reconocer que cuando la agravación o la facilitación del cumplimiento de las obligaciones del deudor alcanza cierto grado es profundamente injusto mantener subsistente el contrato en sus términos originales.

Tan injusto e inmoral será aprovechar hasta el exceso las circunstancias imprevistas al tiempo de concertar el contrato, como aprovecharse de la ignorancia de la otra parte respecto de determinada circunstancia en esa misma época. En este último supuesto, el remedio consiste en la teoría de los vicios del consentimiento: por tanto habrá que crear alguno en el otro.

La labor del legislador se planteaba, sin embargo, en condiciones complejas.

El primer problema se suscitaba al decidir las facultades del juez para revisar el contrato.

El legislador podría conferir al juez la atribución de declarar rescindido o resuelto el contrato. También podría autorizarlo a modificar las prestaciones, buscando una composición equitativa de intere-

ses contrapuestos. El juez, en fin, podría prorrogar el contrato o, simplemente, suspenderlo.

La rescisión o resolución del contrato debe considerarse con reservas, pues ella hace recaer todo el riesgo de la prestación convertida en excesivamente onerosa sobre una de las partes.

Es peligroso, por otra parte, remitirse al criterio del juez para que resuelva equitativamente el desequilibrio entre las prestaciones. En Derecho no puede aceptarse un principio jurídico de equivalencia absoluta, pues sus instituciones no están sometidas a las matemáticas. La equivalencia absoluta presupone un equilibrio también absoluto entre las necesidades de los contratantes y sus asuntos, prescindiendo de conceptos extraordinariamente subjetivos, como la intensidad del deseo y la urgencia de las necesidades, sobre las cuales se producen los fenómenos económicos del cambio, que el Derecho, precisamente, tiene la función de tutelar.

La prórroga o suspensión del contrato sería adoptada por el juez con criterio salomónico, esperando que el transcurso del tiempo normalice la situación.

Esto en lo que se refiere a las facultades que podría conferir el legislador al juez.

Pero el legislador también debía determinar cuáles serían aquellos contratos que estarían sometidos a revisión judicial.

Parece claro que la doctrina expuesta está excluida del ámbito de los contratos aleatorios y circunscrita a los contratos conmutativos de prestaciones diferidas, continuadas o periódicas.

Se dice, sin embargo, que la tesis de la excesiva onerosidad de la prestación también se aplicaría a los contratos aleatorios cuando la onerosidad originaria fuese alterada por la realización de eventos extraordinarios o imprevisibles. Pensamos, empero, que es dudoso po-

der decidir en un contrato aleatorio la excesiva onerosidad, por no ser posible determinar el equilibrio originario de las prestaciones.

Debemos considerar, por último, el problema más agudo para admitir la revisión de los contratos por el Poder Judicial.

¿Qué circunstancias podrían permitir a un juez revisar el contrato?

Es evidente que la revisión únicamente podría justificarse cuando se produjeran acontecimientos que alteraran notablemente el llamado equilibrio contractual.

¿Y para determinar esta notable alteración del llamado equilibrio contractual qué factores deben concurrir?

El desequilibrio contractual debe obedecer a acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de carácter general.

El ordenamiento jurídico no puede, sin embargo, referirse a características absolutas. Un acontecimiento no puede ser clasificado entre los extraordinarios o imprevisibles prescindiendo del contrato en concreto.

La característica de lo extraordinario, en sentido absoluto, sería todo evento extraño al curso normal. Y la característica de lo imprevisible, también en sentido absoluto, sería todo acto imposible de prever. Adoptándose este criterio todo evento sería extraordinario y ninguno imprevisible, ya que no hay acontecimiento que, en abstracto, no pueda ser previsto por el hombre.

Solo interpretando el contrato podría establecerse, en relación con la función económica y social del cambio, si se han considerado normales determinadas fluctuaciones de la prestación.

Pero la sola existencia de acontecimientos extraordinarios o imprevisibles no justifica la revisión del contrato; estos acontecimientos deben producir una excesiva onerosidad de la prestación.

¿Qué significado atribuirle a la regla «excesiva onerosidad de la prestación»?

El problema tiene dos posibles soluciones: o la excesiva onerosidad se determina con relación al sujeto deudor, o ella se fija en relación con la contraprestación.

En el primer caso, la excesiva onerosidad se referiría al esfuerzo también excesivo que debe realizar el sujeto para cumplir la prestación debida. La expresión excesiva onerosidad se interpretaría como una noción de carga, de exceso de dificultad, no en relación con la prestación en sí misma, sino en relación con el sujeto. Se admitiría pues un concepto subjetivo.

En el segundo caso, la excesiva onerosidad tan solo indicaría el desequilibrio entre el valor de la prestación debida y el de la contraprestación. Ella se referiría a la proporción existente entre la prestación y la contraprestación, tal como aparece en su origen, y a la misma proporción, tal como aparece al tiempo de cumplimiento del contrato. La noción de excesiva onerosidad se determinaría con criterio objetivo, admitiéndose tan solo nociones económicas para establecer el desequilibrio y prescindiendo, por tanto, de la peculiar situación del deudor.

La certeza de las relaciones jurídicas parece exigir que la excesiva onerosidad se determine adoptando criterios objetivos y no criterios subjetivos.

Liberar al deudor de la obligación de cumplir, por el solo hecho de que acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, referidos a la persona del deudor y no a la prestación, hagan la ejecución más gravosa, significaría cargar al acreedor el efecto de aquellos acontecimientos.

Esto no significaría introducir un concepto más humano en el Derecho, sino subvertir el principio de la incidencia del riesgo.

La falta de medios económicos jamás se ha tenido como suceso inevitable que exonere al deudor del cumplimiento de sus obligaciones. Es irrelevante al sistema jurídico todo cambio subjetivo de la parte o toda modificación de su capacidad económica.

La revisión del contrato no debe fundarse en la imposibilidad subjetiva. Conceder relieve a la *difficultas* significaría debilitar la fuerza de los vínculos jurídicos: el deudor tendría la facultad de solicitar la revisión de cualquier prestación que exigiera un esfuerzo mayor que el previsto.

La alteración de la equivalencia de las prestaciones no podría pues considerarse sino cuando ella afectara al equilibrio objetivo y económico de la relación, siendo indiferente la magnitud del sacrificio del deudor, bien se le considere individualmente o bien según el tipo medio a que corresponda su situación conforme a criterios económicos y sociales.

Solo buscándose el término de comparación en el ámbito de la misma relación jurídica, pueden mantenerse criterios objetivos al determinar la excesiva onerosidad.

Como dijimos oportunamente, la teoría de la imprevisión no fue consagrada ni explícita ni implícitamente por el Código Civil de 1936. Durante su vigencia, los jueces tampoco estuvieron facultados para revisar los contratos basándose en principios filosóficos y jurídicos elaborados por los canonistas de la Edad Media y los postglosadores, porque ello hubiera sido atentar contra la naturaleza jurídica de la relación contractual y contra el propio texto de la ley.

Pero el legislador debía buscar un remedio —mediante la dación de una norma precisa y prudente— a los graves desequilibrios que

pueden surgir en los contratos de prestaciones diferidas, continuadas o periódicas, recogiendo las experiencias de la legislación italiana y de la jurisprudencia europea.

Es por ello que el Código Civil de 1984 reguló entre sus artículos 1440 y 1446, la figura de la excesiva onerosidad de la prestación.

De conformidad a lo establecido por el artículo 1440 del Código Civil Peruano, la excesiva onerosidad de la prestación es una figura que se presenta fundamentalmente en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa (gravosa) debido a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles; caso en el cual la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

El hecho de que la ejecución de la prestación haya devenido en excesivamente onerosa, no significa una imposibilidad de ejecución, sino que la prestación, siendo posible, por alteración de la economía del contrato se vuelve excesivamente onerosa, debido a algún hecho extraordinario e imprevisible —aquel que sucede fuera del curso normal y corriente de las cosas en un tiempo dado, y aquel que excede la previsibilidad de un hombre prudente—.

Dicha ruptura puede provocar un aumento desmedido del valor de la prestación, agravando seriamente el sacrificio que ella representa, o envilecer el valor de la contraprestación, disminuyendo sustancialmente su utilidad.

Pese a existir el principio de la inmutabilidad de los contratos,[657] estos pueden ser objeto de una revisión (judicial) cuando bajo deter-

[657] Como se sabe, los contratos —por derivar de la voluntad común de las partes— tie-

minadas circunstancias se haga presente una carga excesiva —con las características descritas anteriormente— para uno de los contratantes, originada, según vimos, por hechos extraordinarios e imprevisibles sobrevinientes a la celebración del acto.

El fundamento de esta revisión —que en buena cuenta es una modificación— es un «volver a ver» para recuperar el equilibrio perdido. Es lo que los canonistas de la Edad Media denominaban cláusula *rebus sic stantibus*, la misma que en el Derecho Moderno se concretó con la Teoría de la Imprevisión, que luego fuera desarrollada por la Escuela Alemana, y que finalmente —como hemos señalado— el Código Civil Italiano de 1942 la acogió en sus artículos 1467 a 1469, de donde la adoptaron los legisladores del Código Civil Peruano de 1984.

Según anotáramos al iniciar el estudio de esta figura, debe existir un verdadero perjuicio económico para uno de los contratantes. No se trata, entonces, de cualquier diferencia, sino que ella debe constituir efectivamente un grave desequilibrio en la equivalencia de las prestaciones.

La excesiva onerosidad de la prestación debe observarse en una de las prestaciones, debiendo compararse o calificarse respecto de la otra prestación.

nen efectos vinculantes entre los sujetos intervinientes y, en ese sentido, cualquiera que sea la justificación, resultan, en principio, inmutables o no susceptibles de revisión por parte de «terceras personas». El simple hecho de la revisión, se dice, constituye un debilitamiento del vínculo contractual y el quebrantamiento de la seguridad jurídica. Por otro lado, también se sostiene que la referida revisión torna ingenua la fuerza vinculante u obligatoria de los contratos, porque se supone que esa «ley entre las partes» debe ser rigurosa, ya que de lo contrario perdería su importancia jurídica en la circulación de la riqueza. Sin embargo, estos conceptos absolutos se enervan cuando existe excesiva onerosidad de la prestación.

Dentro de este orden de ideas, la excesiva onerosidad de la prestación no procede en todos los contratos; tiene, como se dice, un carácter limitativo.

Veamos, entonces, en qué tipos de contratos procede una revisión por excesiva onerosidad de la prestación:

(a) Debe tratarse de contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida (artículo 1440 del Código Civil).

(b) Asimismo, puede tratarse de contratos conmutativos de ejecución inmediata e instantánea, en donde la ejecución de la prestación se difiera por causa no imputable a una de las partes (inciso 1 del artículo 1441 del Código Civil).

(c) También puede tratarse de un contrato aleatorio, pero la excesiva onerosidad de la prestación debe producirse por causas extrañas al riesgo propio del contrato (inciso 2 del artículo 1441 del Código Civil).

(d) Finalmente, puede tratarse de contratos con una sola prestación, pues lo que se pretende es evitar un mayor deterioro (patrimonial) de aquel que se obligó a título gratuito (artículo 1442 del Código Civil).

Resulta evidente que si la realidad inicial del contrato[658] se ve afectada por un fenómeno aparecido con posterioridad, y este tiene la calidad de extraordinario e imprevisible, deba entonces también considerarse esta situación «extraña» como otro de los factores irruptores del nexo causal, la misma que debe primar para que realmente se justifique una indemnización.

[658] La totalidad de situaciones existentes, concretas y vigentes al momento de la celebración del contrato, convenidas de mutuo acuerdo y que permiten su desarrollo.

En el caso de la excesiva onerosidad de la prestación, se origina efectivamente un daño a uno de los contratantes, que a su turno repercute en la contraparte y en la relación jurídica en su totalidad. Sin embargo, como hemos visto, ese perjuicio debe ser extraordinario e imprevisible, es decir, ajeno a las partes, no imputable a ellas. He aquí su carácter de irruptor en la relación.[659]

En ese sentido, el derecho de accionar o de solicitar la revisión del contrato, no se fundamenta en la responsabilidad (porque no la hay), sino en principios de justicia y equidad.

Así, el derecho de petición del perjudicado se traduce en dos acciones, a saber:

(a) La revisión del contrato para modificar el contenido de las prestaciones que se han visto alteradas, aumentando o reduciendo la contraprestación, a fin de eliminar la gravosidad.

No se apunta, pues, a disolver el vínculo jurídico, sino a recuperar el equilibrio de valor perdido.

La revisión puede hacerse judicial o extrajudicialmente. Para la segunda se requiere de una disposición voluntaria y libre de ambas partes, destinada a lograr un nuevo acuerdo que modifique el anterior, equilibrando la prestación y la contraprestación.

Si no se logra ese acuerdo extrajudicial, deberá acudirse a la vía judicial.

(b) Conforme a la segunda parte del artículo 1440, antes citado, también procede la acción resolutoria del contrato. Pero esta

[659] Recuérdese, asimismo, que la propia norma sustantiva en su artículo 1443 prescribe que no procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.

acción es subsidiaria o supletoria de la anterior, porque, si no fuese posible la acción de revisión atendiendo a la naturaleza de la prestación, a las circunstancias del caso o cuando el demandado lo solicita, el juez puede declarar la resolución del vínculo contractual, respetándose las prestaciones que hubiesen sido ejecutadas hasta entonces.

Así, en armonía con lo dispuesto por el numeral 1371 del Código Civil, el acontecimiento extraordinario e imprevisible podrá convertirse en móvil de resolución de un contrato válido, pues se trata de una causal sobreviniente a su celebración.

19. La imposibilidad de invocar actos propios para liberarse de responsabilidad

Se ha establecido que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta. Así lo designa el adagio latino *Nemo postest contra propium factum venire* (nadie puede ir contra sus propios actos). Su fundamento es de contenido ético y reside en la buena fe, probidad y en el impedimento para obrar actos abusivos.

Los actos propios o las conductas contradictorias son aquellos realizados espontáneamente por el agente. Pero, además, no solo son los ejecutados directamente por el titular del derecho o de la obligación, sino por quien actúa en su nombre con poder contractual o legal para hacerlo, ya que las consecuencias jurídicas y patrimoniales —siempre íntimamente enlazadas— recaen sobre el agente invocado en la relación jurídica.[660]

[660] En torno al denominado «acto ajeno», existe cierta relatividad en su definición. Si la acción de otro está relacionada con la nuestra, su acto no nos es enteramente ajeno; el pago de lo que hemos vendido es acto de otro, pero que ha de hacernos, y, al recibirlo, se torna también propio. Además, el tercero ajeno al acto o contrato de otros dos, puede tener interés en el mismo, a veces protegido por el Derecho tan sóli-

En cuanto al requisito para la aplicación del principio del acto propio, destaca la doctrina que es imprescindible la presencia de una conducta anterior del sujeto, la misma que debe tener las siguientes características:

(a) Ser relevante para el Derecho, lo cual, se dice, excluye no solo las conductas jurídicamente intrascendentes, sino también aquellas que requieren imperativamente una forma determinada que, por hipótesis, esté ausente.

(b) La conducta debe ser válida y eficaz.

(c) Ser atribuible al sujeto de que se trata, vale decir, propia de él o, en su caso, de su causante o representante.

(d) No implicar por sí una manifestación de voluntad jurídicamente relevante.

(e) Ser posterior, aunque se señala que la ulterioridad no es meramente cronológica, sino más bien lógica. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo Español,[661] mediante sentencia del 13 de abril de 1931, despojó de efectos a la firma de una liquidación de cuentas porque, de inmediato, el suscriptor tachó esa firma y la impugnó.

damente como respecto al acreedor hipotecario; la enajenación que el deudor haga de la finca gravada a otro no es un acto ajeno al acreedor, ya que éste amplía su acción contra ese nuevo propietario o poseedor.
Existe también un desdoblamiento en la figura del denominado «acto ajeno». Hay actos ajenos que son nuestros, porque son ajenos a la ejecución, pero propios en el ánimo, ya que su ejecutor, o uno de ellos, actúa en nuestro nombre, por nuestro mandato o ejerciendo nuestra representación, voluntaria o legal. (Véase Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Op. cit.*, tomo I, p. 133).

661 Véase al respecto Alterini, Atilio A. y Roberto M. López Cabana. *Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil.* Buenos Aires: Editorial La Ley, 1988, p. 14.

(f) Debe dar lugar a una pretensión judicial o extrajudicial.

Para un sector de la doctrina, la invocación de la regla *venire contra factum propium* puede ser hecha en la respuesta a un requerimiento formulado fuera de juicio, sin que ello obste a la ulterior declaración de un tribunal sobre su eficacia o ineficacia en caso de discordancia entre las partes.

(g) Tal pretensión debe ser contradictoria con la conducta anterior.

Al respecto, se dice que esta incoherencia o contradicción no ha de tener su propia solución legal, ni estar autorizada por ley. Aquella se juzga objetivamente. Pero si el autor de la conducta anterior que se invoca para aplicar la regla *venire contra factum propium* derivó de error, y este error fue conocido por la otra parte, ha de entenderse que no existe contradicción a los fines descritos; «tal es una derivación necesaria de la teoría de la apariencia».[662]

Conviene anotar, además, que otra de las características de los actos propios o conductas contradictorias es su distingo residual, y por lo tanto no se pueden invocar cuando la ley regula una solución expresa, sea impidiéndola o permitiéndola. Asimismo, una sentencia desestimatoria de la pretensión incoherente con los propios actos previos del pretensor solo es admisible cuando el demandado ha solicitado el rechazo de la acción. Es irrelevante que se haya invocado un fundamento distinto para resistir la actitud abusiva que encierra el acto contradictorio, siempre que se concrete la voluntad de solicitar la desestimación de la pretensión deducida.

662 Alterini, Atilio A. y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, p. 15.

Así, pueden citarse como ejemplos de conductas contradictorias legitimadas en el Código Civil, a las siguientes:

- Cuando se autoriza al oferente a retractarse de la oferta antes de que sea aceptada por el destinatario (artículos 1374, 1384 y 1385, inciso 3).
- Cuando se permite el arrepentimiento para la celebración de un contrato o su cumplimiento en caso de haber pactado arras (artículos 1477 a 1483).
- Cuando se concede, mediante pacto comisorio, la resolución a quien optó previamente la acción de cumplimiento (artículo 1430).
- Cuando se establece la facultad de solicitar la resolución del contrato si la prestación a la que antes se obligó se ha tornado en excesivamente onerosa, por algún acontecimiento extraordinario e imprevisible (artículos 1440 a 1446).
- En el caso de la venta de cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, la misma que se presume hecha bajo la condición suspensiva de que dichas cosas sean del agrado personal del comprador (artículo 1572).
- Cuando se establece la posibilidad de revocar un poder o un mandato (artículos 149, 151 y 1808), etc.

Ahora bien, el impedimento para obrar contradictoriamente resulta de la existencia de una situación jurídica objetiva, que significa una carga más que una prerrogativa. Las conductas contradictorias no son toleradas en distintas situaciones; por ejemplo, si el impedimento deriva en su invalidez o ineficacia, sin perjuicio del resarcimiento que fuese procedente.

La doctrina y la legislación mencionan como supuestos en los cuales no se admiten las conductas contradictorias, entre otros, a los siguientes: el hecho de que el contratante quede ligado por las leyes supletorias vigentes al tiempo del contrato; la declaración del embarazo implica su reconocimiento; quien percibe el pago de una deuda dineraria sin reserva sobre los intereses carece ulteriormente de derecho para reclamarlos; en la venta de cosas de calidad determinada, pues el comprador no puede rehusar la cosa vendida a su arbitrio; en caso de pretensión de abandono por el dueño del animal dañino o por el arrendador de la cosa arrendada; en la improcedencia de la revocación del mandato irrevocable o de su renuncia intempestiva; en el retiro injustificado del gestor de negocios ajenos; en el deber del mandatario de continuar los negocios comenzados que no admiten demora; en la improcedencia de adquirir la cosa por un título cuando ya ha sido adquirida por otro título; en la reviviscencia de la servidumbre, etc.

En suma, no puede invocarse la propia torpeza precedente ni para fundar un derecho ni como excepción ante una pretensión que se deduzca contra quien actuó torpemente. Es más, cuando se supone una conducta (incumplimiento) que es contradictoria con la que debió ser obrada para cumplir (ámbito propio de la responsabilidad contractual), se genera —como se sabe— una obligación de indemnizar, como reacción del ordenamiento jurídico.

Así, las conductas contradictorias están legitimadas cuando existe una situación jurídica subjetiva (pura prerrogativa del titular), y no se ha configurado una situación jurídica objetiva que imponga atenerse a la conducta anterior, sea porque alguien ha adquirido un derecho en virtud de dicha conducta, sea porque concurren razones de interés general. Correlativamente, las conductas que contradicen otras anteriores resultan ilegítimas frente a una situación jurídica objetiva, establecida para imponer cargas que prescinden de satisfacer intereses específicos individuales.

20. ¿Uno, dos o tres regímenes de responsabilidad civil?

Se ha establecido que la responsabilidad civil gira alrededor de cuatro presupuestos básicos del deber de reparar (la antijuridicidad, el daño, la relación causal y el factor de atribución).

Como todo supuesto de responsabilidad siempre debe estar integrado por dichos elementos, se ha afirmado que carece de sentido regular la materia en dos regímenes distintos, dependiendo de si el deber de reparar proviene de la inejecución de obligaciones derivadas de un contrato, de una promesa unilateral o de un acto ilícito.

A fin de estar en aptitud de determinar si tal regulación o tratamiento diferente resulta artificial, conviene primero efectuar un estudio separado de cada uno de los sistemas (precontractual, contractual y extracontractual), precisando sus elementos y características, lo que nos permitirá adoptar una posición al respecto.

Trazar la línea divisoria entre las respectivas esferas de la responsabilidad contractual y delictual es, sin duda, una de las faenas más arduas en el Derecho, toda vez que ambas categorías son concebidas como fenómenos resarcitorios de carácter único por la Teoría General de Daños. Sin embargo, entre ellas se aprecian distinciones que, incluso, son percibidas por quienes propugnan una regulación unitaria.

Determinar si tales diferencias son solo accesorias o sustanciales, podrá llevarnos a decidir si debe mantenerse la dualidad o reemplazarse por la unidad o, tal vez, por la separación tripartita del sistema.

20.1. La responsabilidad precontractual

Se sabe que en la formación de todo contrato se distinguen tres etapas, todas ellas con elementos, caracteres y efectos propios.

Así, puede apreciarse una primera etapa denominada precontractual, que corresponde a las negociaciones o tratativas. Luego, cuando

las partes han llegado a un entendimiento sobre sus intereses, y los fines y efectos prácticos que pretenden alcanzar, viene la etapa contractual propiamente dicha, esto es la conclusión o formación del consentimiento. Finalmente, con el propósito de que el convenio sea eficaz, las prestaciones asumidas deben ejecutarse, correspondiendo dicho cumplimiento a la etapa postcontractual.

La negociación de un contrato es lo que se conoce en la doctrina francesa como *pour parler* (para hablar). En ella se lleva a cabo un «procedimiento a menudo complejo y de cierta duración, que plantea al Derecho una serie de problemas relativos a la relevancia de las varias fases y a la determinación del momento en que se celebra el contrato».[663]

Las tratativas «consisten en los diálogos, interrogantes, sondeos e informaciones que intercambian las partes, de una etapa que precede al perfeccionamiento del contrato».[664]

La simple circunstancia de entrar en tratativas, con miras a la celebración de un contrato, constituye una situación que se halla bajo el amparo del Derecho, lo que determina, indudablemente, que se originen consecuencias jurídicas. Si bien es cierto que los sujetos mantienen, en todo momento, la facultad de separarse de dichas negociaciones, cualquiera que fuese el estado en el que ellas se encuentren, la ruptura no puede ser inopinada. Vale decir que ninguna de las eventuales futuras «partes» puede interrumpir, irresponsablemente, el curso normal de las tratativas, impidiendo la celebración del contrato o fomentando el desacuerdo total.

---

663 Scognamiglio, Renato. *Teoría general del contrato*. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 19.

664 Stiglitz, Rubén S. y Gabriel A. Stiglitz. «Contratos, Parte General». En *Reformas al Código Civil*. Alterini-López Cabana (dirs). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 74.

La conducta irresponsable en las tratativas contractuales puede consistir en despertar en la otra «parte» la confianza de que el contrato efectivamente se celebrará, cuando esto no será así; o en haber despertado la confianza en la inminente conclusión y en vista de ello la «parte» contraria incurre en gastos; o si la otra «parte» ha sido inducida a renunciar a la celebración de otro negocio que le era favorable o a concluir el que le es perjudicial o a celebrar uno con contenido distinto del que hubiera procedido a concluir.

Al respecto, Hedemann[665] apunta que en los momentos que preceden al contrato, las personas que adoptan posiciones contrapuestas han de tomar en consideración la observancia de un respeto recíproco; han de hacer todo lo posible para evitar que la otra parte sea inducida a un lance erróneo, de antemano conocido por uno de los contratantes; han de manifestar lo que para el otro contratante pudiera ser una trampa.

Así, cuando estas tratativas o negociaciones se rompen injustificada y arbitrariamente, o se omiten las diligencias apropiadas para acceder al perfeccionamiento de un contrato (en vías de formación), frustrando en la otra parte la legítima expectativa de su culminación, se incurre en responsabilidad, debiendo indemnizarse los daños consiguientes.

Es esta la denominada responsabilidad precontractual.

La elaboración de la teoría de la responsabilidad precontractual no es de larga data. Apunta la doctrina que su inicio se remonta a la segunda mitad del siglo XIX, cuando el fenómeno de la contratación masiva no había surgido y toda la teoría general del contrato estaba construida sobre la base de la contratación paritaria.

[665] Hedemann, J.W. *Op. cit.*, vol. III, p. 165.

Previa a la elaboración de la responsabilidad precontractual propiamente dicha, Rudolf von Ihering acuñó el concepto de la culpa *in contrahendo*, consistente en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no solo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo.

Para Walter Frisch Philipp,[666] la culpa *in contrahendo* consiste en la falta de aplicación del grado necesario de diligencia y orientación de un sujeto para con otro, ocurrida en las conversaciones y gestiones realizadas por ambas partes como conducta preparatoria para la constitución de un vínculo contractual entre ellas. Por ejemplo, una sociedad mercantil no informa a la otra desde el principio acerca del impedimento resultante de la prohibición de actos *ultra vires*, opuestos a la contratación proyectada, o una sociedad prevista como vendedora e instaladora profesional de una planta industrial de un presunto cliente, no orienta a este sobre el principio de imposibilidad de contratación del negocio previsto por ambas partes, sea que tal imposibilidad tenga su fundamento en razones jurídicas —imposibilidad de obtener de la autoridad administrativa el permiso necesario para el establecimiento de la planta en la zona respectiva— o técnicas —inexistencia insuperable de la energía eléctrica necesaria para el funcionamiento de la mencionada planta—. En tales situaciones, la parte culpable responderá de los daños y perjuicios que la otra parte haya sufrido por la confianza depositada en la conducta de la parte culpable; por ejemplo, inversiones efectuadas para las conversaciones precontractuales o para la preparación de la realización del negocio proyectado, tal como la compra de un terreno destinado al establecimiento de la referida planta.

[666] Frisch Philipp, Walter. «Las responsabilidades extracontractuales y la jurisprudencia dinámica». Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 1989, p. 572.

Llegar a establecer la esencia jurídica de esta responsabilidad constituyó, en cierto momento, un punto erizado de dificultades en la doctrina.

Como hemos señalado, fue Ihering quien inicialmente abordó el tema de la responsabilidad derivada del rompimiento injustificado de las tratativas con su *culpa in contrahendo*.[667]

[667] Héctor Lafaille recuerda que el eminente profesor de Goetting publicó en 1860 un célebre estudio intitulado «De la culpa *in contrahendo* o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas». En él —a decir de Lafaille—, con gran acopio de textos, destaca algunas de las consecuencias que luego sirvieron de base para resolver el problema.
Al considerar la regla en sí misma —señala el citado profesor argentino—, Ihering da por establecido que es la culpa contractual en una dirección determinada, y de tal premisa extrae varias consecuencias: 1) En cuanto a su clasificación sistemática, ella encuentra su verdadero lugar en la teoría de la culpa dentro de las relaciones contractuales; en la doctrina de la formación de los contratos cabe, cuando más, hacer una simple alusión; 2) En lo concerniente al grado de la culpa que debe prestarse. El mismo grado de culpa exigible durante la relación contractual, debe serlo también en su formación, pues los motivos tomados de la naturaleza del contrato que allí deciden el punto concurren igualmente aquí; 3) Con respecto a las personas que deben prestar la culpa. Son únicamente los contratantes mismos, y no los terceros que cooperan en la conclusión del acto, y todavía los unos tan solo en el supuesto en que una culpa de cierta especie determinada pueda imputárseles.
Se advierte sin dificultad, agrega Lafaille, que se razona en el plano de la «pluralidad de la culpa» y dentro del régimen de los «grados», como se interpretan las normas del *Habeas Iuris*, que así lo consagraban (y sobre cuya base, Ihering desarrolló dicho estudio).
Para un examen erudito del tema dentro de las fuentes, reviste particular mérito el capítulo que lleva la designación de «casuística de la culpa *in contrahendo*», donde se contemplan diferentes situaciones, aparte de las vinculadas de un modo directo con el periodo previo al acuerdo de voluntades. Ellas atañen a la «incapacidad del sujeto», a la denominada «incapacidad del objeto» y, por último, a la «incertidumbre de la voluntad contractual», sea en el proceso interno o para su manifestación. (Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo III, vol. I, pp. 96-97).

Según Ihering, el periodo previo a la formación del nexo contractual comienza con la oferta. A su juicio, la oferta es el primer paso hacia el contrato, luego los deberes de diligencia *in contrahendo* nacen con ella.

El fundamento de esta responsabilidad, según Ihering, es contractual, aunque se origina en el periodo previo a la formación del contrato: «se ha violado el deber de diligencia que tanto debe observarse en la ejecución del contrato como en el periodo previo a su formación».[668]

Ihering entiende que la culpa *in contrahendo* deriva de la infracción de un pacto tácito entre los «negociadores» de actuar correcta y diligentemente, de modo similar al acuerdo que origina el contrato una vez concluido. Se extienden, por este artificio o ficción, las obligaciones contractuales de diligencia a lo que es la etapa *in contrahendo*, camino al contrato, asimilando a ese respecto ambos momentos.

Según expone Mosset Iturraspe,[669] Ihering plantea, en su célebre monografía, el caso de una persona que solicita el envío de cien libras de una determinada mercadería, pero confunde el signo libra con el de quintal y recibe una cantidad muy superior a la pedida. El contrato es nulo por adolecer de error esencial, si se comprueba la existencia de este vicio de la voluntad; pero, Ihering se pregunta, ¿quién responde por los fletes, embalajes y demás gastos de expedición?

Y aquí comprueba que la doctrina tradicional deja sin respuesta el interrogante, pues la responsabilidad contractual era descartada en virtud de ser nulo el contrato, y la extracontractual, fundada en el

[668] Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil.* Sexta edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 80.
[669] Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 359.

Derecho romano, en la *actio dolus* y la *actio legis aquiliae*, debía igualmente descartarse por no reunir los requisitos indispensables para el ejercicio de esas acciones: el elemento intencional, en la primera, y el daño visible, material, causado a objetos exteriores, cosas o personas, en la segunda. Para tratar de superar la situación de injusticia, Ihering realiza una prolija búsqueda con base en el análisis de otros casos similares y encuentra así que: a) la culpa de una de las partes, causante del daño, se ha cometido en el periodo previo a la formación del contrato; b) la acción se produce mientras se contraría el contrato, *in contrahendo*. El no perfeccionamiento del consentimiento o la declaración de nulidad no invalidan todos los efectos emergentes del acuerdo tácito celebrado por las partes.

La teoría de Ihering se mantuvo vigente, sin debate, hasta la aparición de la tesis de Gabriel Faggella, quien en su trabajo titulado «De los períodos contractuales y de su verdadera y exacta construcción científica», afirma que la responsabilidad —en este caso— resulta de un periodo anterior al de la oferta, abarcando las tratativas previas propiamente dichas. Así, según Faggella, la responsabilidad se funda en la violación de un acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes, aunque no hubiere mediado dolo.

Exponen Cazeaux y Trigo Represas,[670] que para su mejor estudio, Faggella divide el periodo previo a la formación del vínculo contractual en dos etapas:

(a) Una primera que abarca las tratativas realizadas por las partes antes de que se emita la oferta. En esta etapa, también se distinguen dos momentos diferentes: el de las negociaciones preliminares o tratativas propiamente dichas, compuesto generalmente de proposiciones y aceptaciones sucesivas, que no crean todavía vínculos contractuales, pero que apuntan a ese fin; y el que tiene por efecto concretar la oferta definitiva, en el que cada parte —enterada de las pretensiones de la otra—, se hace su composición de lugar, realiza un balance de su situación y entonces uno de ellos se encarga de redactar una proposición u oferta concreta.

(b) Una segunda que empieza con la emisión de la oferta y termina con la celebración del contrato o cesación definitiva de las negociaciones.

[670] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 167 y 168.

En esos periodos o etapas —señala Faggella—, se derivan consecuencias negativas y positivas: los resultados negativos son derivación del principio de la autonomía de la voluntad y se traducen, especialmente, en el derecho de revocación o retractación de las ofertas o contraofertas hechas, que las partes conservan a través de todo el periodo precontractual; los resultados positivos se refieren a la responsabilidad emergente de los hechos realizados por las partes en ese periodo precontractual, pues si bien es cierto que las partes pueden separarse en cualquier momento, fuere cual fuese el grado de adelanto logrado en las tratativas, su ruptura intempestiva puede generar responsabilidad. Y se considera que la ruptura es intempestiva, cuando una de las partes ha puesto fin a las tratativas sin que estas hayan seguido su curso normal, culminando en el perfeccionamiento del contrato o en su ruptura definitiva por falta de acuerdo.

Pero esta responsabilidad no se funda en la culpa u omisión de diligencias debidas —como lo sostenía Ihering—, sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones, que constituye ya, de por sí, un hecho colocado bajo la protección del derecho y susceptible de adquirir relevancia jurídica: «De ahí que la ruptura de las tratativas contraria al consentimiento dado para su elaboración, tiene un carácter de ilegitimidad, y

hace inútiles todos los gastos en que una parte haya incurrido para conducirlas al fin [...]. En todo caso existe una violación ilegítima de un acuerdo precontractual sobre la continuación de las negociaciones, al menos [...]», y esta violación «origina una responsabilidad que llamamos precontractual, como llamamos precontractual la culpa que la genera, cuando la violación tenga los caracteres de la culpa». Y dicha violación del acuerdo precontractual puede existir sin que haya dolo o negligencia: basta una separación arbitraria, sin motivo, de las tratativas, para que ello ocurra.

Hasta aquí las expresiones de Cazeux y Trigo Represas, en torno de la posición de Faggella.

Spota,[671] por el contrario, afirma que más bien se trata de una responsabilidad *sui generis* que no se confunde con la contractual ni la extracontractual. Esta responsabilidad, según Spota, deriva de la conducta antifuncional, abusiva, en el ejercicio de la prerrogativa jurídica de no contratar.

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia francesa señalan que se está ante la presencia de una hipótesis de responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Al respecto, Mazeaud y Tunc[672] exponen que la obligación de indemnizar, por lo pronto, no proviene de alguna relación obligacional preexistente, y por ello no es una responsabilidad contractual. Tampoco, sostienen, es una responsabilidad *ex lege*, porque no ha sido impuesta por virtud solo de la ley como una obligación de garantía de uno de los negociadores a favor del otro. No queda, pues, otra categoría para encasillarla sino la responsabilidad extracontractual.

[671] Citado por Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones*, tomo I, p. 224.
[672] *Ibidem*, p. 225.

A esta consideración esquemática —la misma que nos parece acertada—, se agrega otra que emana de la conducta revelada por la culpa *in contrahendo* o precontractual, que muestra «la concurrencia en ellas de todos los presupuestos de la responsabilidad extracontractual»:[673]

- Un hecho reprobado por la ley, en cuanto esta veda todo acto culpable dañoso.
- Un daño sufrido por alguien que busca su reparación.
- Una relación de causalidad material entre el hecho y el daño.
- Una relación de causalidad moral entre el agente y el hecho obrado o imputabilidad de primer grado (voluntariedad de obrar) y de segundo grado (culpa en el obrar).

20.1.1. Supuestos generadores de responsabilidad precontractual

De otro lado, en el Perú[674] se han detallado hasta cinco supuestos generadores de responsabilidad precontractual, a saber:

20.1.1.1. El rompimiento injustificado de las tratativas

Según dispone el numeral 1362 del Código Civil Peruano: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes». En ese sentido, la responsabilidad precontractual se configura cuando se produce la trasgresión del deber de obrar de buena fe durante esa etapa, estropeando injustificadamente la celebración del contrato.

[673] *Idem.*
[674] Cárdenas Quirós, Carlos y Elvira Martínez Coco. «Moderno Contenido de la Responsabilidad Precontractual a partir de las relaciones de consumo». En *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, pp. 413-420.

Sin embargo, no cualquier rompimiento de las negociaciones puede generar responsabilidad. Para determinar ello conviene, entonces, precisar los alcances de la «buena fe» y «común intención» exigidos por el numeral 1362 antes citado.

20.1.1.1.1. El principio general de la buena fe (en la celebración del contrato)

La «buena fe» es un concepto manipulado con simplicidad y aplicado a diversas situaciones que llevan —equivocadamente— a pensar que su definición no debe resultar tan complicada.

Para Cazeaux y Trigo Represas,[675] el principio de la buena fe significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que esta constituye la base indispensable de todas las relaciones humanas. Se trata de un módulo de concreción que nos indica la dirección en que hemos de buscar la respuesta a la cuestión de cuál sea la conducta exigible en determinadas circunstancias.

Desde un punto de vista filosófico, Mosset Iturraspe[676] la distingue como un principio general del Derecho, tanto del Privado como del Público, que apunta a consagrar los valores más elevados de la escala axiológica: justicia, equidad, seguridad, solidaridad. No es un principio q' e se desprende, necesariamente, del sistema positivo consagrado en un determinado ordenamiento —acota Mosset Iturraspe—, sino que se ubica fuera del mismo, por encima, iluminándolo, informándolo, integrándolo, posibilitando la averiguación del sentido y del alcance de las normas. Tiene, a su criterio, una jerarquía superior a la de las reglas comunes u ordinarias que se expresa adecuadamente con el vocablo «principio» y el calificativo de general, comprensivo de todos los ámbitos e instituciones. Estos conceptos le parecen preferible a la idea de «norma válvula» o «norma elástica» que predomina en otras latitudes.

675 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 94.

676 Mosset Iturraspe, Jorge. «El principio de buena fe y las cláusulas contractuales abusivas». *SCRIBAS*, n.º 3, año II, p. 65.

Así, una de las discusiones planteadas en torno a la buena fe es la de determinar si estamos frente a un *standard* jurídico o bien frente a un principio general del Derecho.

Al respecto, creemos que ambas posiciones se interrelacionan y, por tanto, se concilian.

Nos explicamos.

La clásica distinción de la buena fe[677] en subjetiva y objetiva, permite apreciar dicha interrelación:

677 Véase al respecto: García Rubio, María Paz. «La responsabilidad precontractual». En *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, pp. 239-323; De Los Mozos, José Luis. «La exigencia de la buena fe en el tráfico negocial moderno». En *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, pp. 879-886; Sacco, Rodolfo. «La buena fe en la formación del contrato». En *Nuevas tendencias del Derecho Contractual.* Homenaje al Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, tomo I, Grupo Peruano de la Asociación Henri Capitant, Editorial Grijley, pp. 81-92; De La Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general, Op. cit.*, tomo II, pp. 23-47.

Buena Fe Subjetiva	Buena Fe Objetiva
a) Se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a Derecho. Tiene, pues, un contenido ético.	a) Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.
b) La creencia es razonada. El sujeto ha apreciado los elementos de juicio que estaban a su disposición.	b) Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.
c) La apreciación del sujeto es fruto de su diligencia.	c) Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo.
d) No se actúa con dolo o culpa.	d) Quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva.
e) La creencia del sujeto puede recaer tanto en su propia situación como en la de la persona con la cual se relaciona.	e) El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un *standard* jurídico, o sea un prototipo de conducta social media.
f) Hay correspondencia entre su creer y su actuar.	f) Dicho *standard* jurídico debe aplicarse en consideración al contexto social en el que actúa el sujeto.
g) El Derecho da tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia.	

Ambas concepciones de la buena fe juegan un mismo rol, pese a que, como hemos visto, no tienen igual naturaleza: «conferir elasticidad a la rígida estructura de la codificación y permitir un mejor

adecuamiento de la norma a la nueva y siempre mutante realidad que esté destinada a disciplinar [...]. El concepto (genérico) de buena fe, permite suavizar los límites de los derechos y obligaciones, que el ordenamiento jurídico frecuentemente señala con mucha precisión, a fin de hacerlos más permeables a la influencia moral. Podría decirse que ilumina de bondad y rectitud la aplicación del Derecho».[678]

Si lo que interesa es que el modelo o patrón de conducta esté valorizado por el Derecho, implicando cierta tutela jurídica a quien se comporte conforme a su sentido y negándosela a quien lo contraríe, entonces no se puede negar que la buena fe es, a la vez, un principio cardinal que constituye una manifestación de la ética del Derecho, y que se traduce en un conjunto de normas bañadas con esta idea.

20.1.1.1.2. La común intención

Según el numeral 1362 del Código Civil Peruano, antes referido, el comienzo de las negociaciones exige un previo o simultáneo acuerdo de voluntades para llevar adelante aquellas; en ese sentido, se da nacimiento a una voluntad común, a un sentir común, a una intención común, orientada a «tratar» y no todavía a «contratar».

Dentro de tal orden de ideas, si dichas tratativas se iniciaron de buena fe, reflejando la común intención de las «partes», y alguna de esas «partes» decidió no contratar en ejercicio de su libertad de conclusión, no se generará responsabilidad alguna. Pero si, por el contrario, se interrumpen injusta y arbitrariamente esas negociaciones, habría un comportamiento contrario a Derecho que sí generaría responsabilidad.

---

[678] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.*, tomo II, p. 38.
[679] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos y Elvira MARTÍNEZ COCO. *Op. cit.*, p. 414.

Carlos Cárdenas y Elvira Martínez señalan tres supuestos de «interrupción injusta y arbitraria» de las tratativas:[679]

- Cuando una de las partes ha actuado con dolo.
- Cuando con posterioridad se aducen circunstancias conocidas al inicio de las tratativas.
- Cuando las partes se apartan de lo que verosímilmente pudieran entender, obrando con cuidado y previsión.

Asimismo, para que el legislador evalúe un hecho de responsabilidad precontractual por quebrantamiento arbitrario de las negociaciones, se dice que debe tener en cuenta las siguientes reglas:

- Partiendo de la presunción de buena fe, tendrá que asumir (para luego evaluar) que quien rompió las tratativas, lo hizo justificadamente.
- Restarle importancia al tiempo de duración de las tratativas.
- Las tratativas deben ejecutarse teniendo en consideración, como mínimo, los elementos esenciales del contrato.
- Debe haberse producido un menoscabo material o moral con el rompimiento.

20.1.1.2. El coartar la libertad de la otra parte viciando su voluntad

Resulta claro que la voluntad del agente constituye la esencia misma del acto jurídico (sea este patrimonial o extrapatrimonial), pero la sola voluntad no es suficiente, pues su manifestación requiere que exista una imprescindible correlación o conexión entre lo que el sujeto declara y lo que quiere.

Dado que el acto jurídico no es más que la voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma y extingue derechos, esta

debe ser el resultado de la conjugación de los elementos internos —discernimiento, intención y libertad— y de los elementos externos —manifestación en cualquiera de sus modos— que la conforman.

Ello supone, obviamente, la necesidad de que todo acto sea celebrado voluntariamente, por sujetos capaces, que lo hagan con conocimiento y en libertad, a falta de lo cual el acto queda viciado. Además, la existencia de un contrato devendrá en ineficaz por haberse vulnerado el deber de actuar con buena fe en la fase de negociación.

En suma, la situación planteada nos ubica ante la problemática de los vicios de la voluntad. Y, al respecto, la doctrina explica que la responsabilidad precontractual no tutela el interés al cumplimiento, sino el interés del sujeto a no ser envuelto en tratativas inútiles, a no estipular contratos inválidos o ineficaces y a no sufrir coacciones o engaños respecto a actos negociales.

20.1.1.3. La celebración de un contrato sin la formalidad ad solemnitatem requerida

Se sabe que no solo los vicios de la voluntad afectan al acto jurídico, pues existen otros que también lo alteran en su validez y eficacia. Tales son los denominados vicios de forma que emanan de la inobservancia de las formalidades exigidas por la ley respecto de ciertos actos jurídicos.

Así, si las partes se han puesto de acuerdo para la celebración de un contrato pero lo han concluido con una formalidad distinta a la *ad solemnitatem* requerida por la ley, y luego una de las partes se desiste de celebrarlo, entonces responde por daños a la confianza, ya que se ven frustradas las expectativas que una de las partes puso en el futuro contrato, el mismo que sería nulo de acuerdo a lo previsto por el inciso 6 del artículo 219 de nuestro Código Civil.

20.1.1.4. La celebración de un contrato nulo porque la parte que conocía el obstáculo no proporcionó la información necesaria

Este supuesto, a decir de la doctrina, deriva de la violación del deber de información vinculado con el de buena fe.

Se considera que la información juega un rol preponderante en la etapa precontractual, ya que evaluando todos los datos que están a nuestra disposición antes de celebrar el contrato, es que precisamente lo celebramos.

En ese sentido, la buena fe también debe considerarse como el deber de información de una parte frente a la otra: cada una de ellas tiene la obligación de dar noticia de las circunstancias que aparezcan ignoradas por la otra parte y que puedan ser determinantes para el consenso, pues podría suceder que esa parte, sabiéndolas, no habría celebrado el contrato o lo hubiese hecho en distintas condiciones.

La doctrina italiana anota que infringir este deber de información, configura una situación de «reticencia», una «deslealtad expresada en un comportamiento omisivo, al acallar hechos que la parte que los conoce había debido comunicar a la otra».

Por su parte, la doctrina francesa asimila la reticencia al dolo, desde que una de las partes ha guardado silencio sobre un punto respecto del que ella tenía deber de informar a su contraparte.

Si bien la colaboración se sitúa en todo el *iter* contractual, desde los tramos preliminares hasta el periodo de ejecución, la información cobra especial relieve en las negociaciones previas a la conclusión del contrato, cuya omisión puede ocasionar una obligación de indemnización de daños. «La regla moral aparece como fundamento básico del deber de información. Ello se debe a la necesidad de absoluta transparencia en las relaciones entre los contratantes. No se debe inducir a error a la contraparte. No puede quedar la otra parte en una situación de ignorancia provocada o ilegítima».[680]

20.1.1.5. La vulneración de la buena fe en la información suministrada para contratar masivamente

Es sabido que los medios de comunicación constituyen factores determinantes en nuestras vidas, a tal punto de ser considerados como los cordones umbilicales que unen a los hombres de nuestro tiempo y que, precisamente, son ellos los que diseñan el perfil del hombre consumidor.[681]

Al respecto, se ha establecido que un derivado obligatorio del derecho a la protección de los usuarios y consumidores es, precisamente, el de recibir una información adecuada y veraz,[682] basada en hechos serios y ciertos: «saber qué consumo, qué es lo que pago y por qué lo hago».[683] Pero si por medio de esta comunicación se ocasiona daños a los consumidores, resulta obvio que no solo se está contrariando una norma constitucional, sino que, además, se origina una responsabilidad (precontractual), pues se incumple el deber genérico que recíprocamente tienen las partes sobre su comportamiento durante la etapa de negociación: probidad, rectitud, lealtad, corrección y honestidad.

---

680 Andorno, Luis O. «El deber de información en la contratación moderna». En *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, p. 952.

681 Cárdenas Quirós, Carlos y Elvira Martínez Coco. *Op. cit.*, p. 414.

682 Nuestra Constitución Política de 1993, consagra el derecho a la información de los consumidores respecto de los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. De ese modo, el deber de informar al consumidor ha adquirido jerarquía constitucional al ser consignado de modo expreso.

683 Dromi, Roberto y Eduardo Menen. Citados por Andorno, Luis. *Op. cit.*, p. 953.

Así, por ejemplo, se puede inducir a error a la otra parte respecto de las características del bien o del servicio que se está ofertando, a través de la información falsa o engañosa que proporcionan los medios masivos de comunicación.

Con el engaño «se abusa del recurso, provocando daños o creando peligros de los mismos a los intereses individuales de los consumidores, de los competidores y/o a los intereses colectivos o difusos».[684]

La doctrina peruana ha establecido que la información comprende dos aspectos básicos: el derecho a ser informado y el derecho a ser informado correctamente.

Cuando estos derechos se vulneran —sostienen Cárdenas Quirós y Martínez Coco—,[685] nos encontramos frente a dos situaciones capaces de causar daños a los consumidores e inclusive a terceros: la de la falta de comunicación y la de la información engañosa.

En ese sentido, si sobre la base de una información falsa o engañosa o de una falta de información se llega a celebrar un contrato con el consumidor por el cual se le ocasiona un daño, este tendría el derecho a la reparación de los perjuicios ocasionados.

20.1.2. Nuestra posición en torno al fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual

Resulta claro que cuando las conversaciones o negociaciones encaminadas a la futura celebración de un contrato, se encuentran avanzadas y una de las partes ha hecho concebir a la otra legítimas esperanzas, habiendo esta realizado gastos o trabajos, confiada en la seriedad de

[684] Galván, Roberto M. Citado por Cárdenas Quirós, Carlos y Elvira Martínez Coco. *Op. cit.*, p. 414.

[685] Cárdenas Quirós, Carlos y Elvira Martínez Coco. *Op. cit.*, p. 418.

aquella, la ruptura intempestiva de las tratativas constituye un abuso del derecho y, por consiguiente, origina una acción de daños y perjuicios.

Siendo esos los efectos de la ruptura injustificada de las tratativas, conviene ahora determinar si dicha reparación debe ser integral o solo cubrir el daño emergente ocasionado.

Un sector de la doctrina considera que el resarcimiento involucra solo el interés negativo que ha resultado dañado. Este está conformado por los «daños a la confianza», así como por los gastos y desembolsos realizados teniendo en cuenta la ejecución del contrato por celebrarse.

Para otros, la reparación del interés negativo no solo debe involucrar el daño emergente, sino también el lucro cesante. Así, la indemnización debe ser integral.

Compartiendo este último criterio, señalamos que el damnificado debe ser restablecido al *statuquo* patrimonial anterior a las tratativas del contrato frustrado y a las previsibles ganancias que la «contraparte» le impidió obtener. En consecuencia, precisa restituírsele todos los gastos efectuados a propósito de un contrato cuyo resultado se ha desvanecido por causas imputables a la otra parte. Pero la reparación también debe comprender la pérdida de la probabilidad de ganancias no efectuadas en otra operación que fuera dejada de lado para encarar el contrato que no se concertó por irresponsabilidad ajena o, cuando ello corresponda, simplemente las ganancias frustradas.

Por otro lado, para la determinación de la naturaleza jurídica de la denominada responsabilidad precontractual, debemos tener en cuenta el esquema o sistema planteado por el Código Civil respecto a la responsabilidad en general. De este modo podremos dar respuesta a las interrogantes que surgen, como por ejemplo si toda responsabilidad que no es propiamente contractual es necesariamente extracontrac-

tual, o si existe o no superposición de normas o sistemas en nuestro cuerpo sustantivo.

Compartimos el parecer de un sector importante de la doctrina peruana en el sentido de que ello dependerá del concepto o naturaleza jurídica que se atribuya a las tratativas cuando se rompen injustificadamente.

Sabido es que existe una responsabilidad derivada de la inejecución de las obligaciones nacidas de los actos a que se refieren las Secciones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta del Libro VII del Código Civil Peruano de 1984, la misma que se encuentra sometida a las disposiciones del Título IX del Libro VI (Inejecución de Obligaciones). Asimismo, el Código Civil plantea la existencia de otra responsabilidad derivada de la ejecución de actos ilícitos a que se refiere la Sección Sexta del Libro VII, sometida a las reglas allí previstas.

Ahora bien, ¿en cuál de esas dos clases de responsabilidad debemos o podemos ubicar a la derivada de una ruptura injustificada de las tratativas negociales?

Hemos expresado, y aquí lo reiteramos, que el deber exigido por el artículo 1362 del Código Civil, en el sentido de que la negociación de un contrato debe regirse según el principio de la buena fe y la común intención de las partes, significa que en dicha fase aquellas deben orientarse según los deberes de corrección, información, colaboración, claridad y secreto, sin quebrantar injustificada o abruptamente las tratativas. Resulta claro, además, que dichos deberes no emanan directamente de alguna de las fuentes de las obligaciones incorporadas en el Libro VII del Código Civil. En ese sentido, como afirma cierto sector de la doctrina, no se les puede considerar técnicamente como «obligaciones», pero el incumplimiento de dichos deberes sí genera responsabilidad y sanción civil.

Ahora bien, asumir que la ruptura injustificada de las tratativas acarrea una responsabilidad proveniente de la violación de un deber asumido voluntariamente por las partes con ocasión de la celebración de un contrato, y que, por consiguiente, dicha responsabilidad tiene naturaleza contractual, sería regresar a las ficciones planteadas por Ihering con su culpa *in contrahendo*.

Creemos que las tratativas no dan lugar a un contrato tácito. La ruptura de las negociaciones no significa la ruptura de un vínculo preexistente, pues lo único que existen son diálogos o interrogantes que intercambian las partes, y no un contrato que solo existirá cuando coincidan las voluntades y así se expresen estas, pues como se sabe, no existe contrato sin haberse formado el consentimiento.

Dentro de tal orden de ideas, la ruptura injustificada o abrupta de las tratativas, causando daño a la «contraparte», importa la violación no solo del deber genérico de «no dañar» *(alterum non laedere)*, sino también la violación de otro específico: la buena fe en las negociaciones y la trasgresión de dichos deberes origina la obligación de resarcir el daño causado. Existe entonces la exigencia de reparar, no porque tales deberes emanen de un contrato o de la voluntad unilateral, sino porque la ley establece que quien dolosa o culposamente cause un daño a otro, tiene que indemnizarlo. En suma, la responsabilidad precontractual se rige, en opinión nuestra, por las normas propias de la responsabilidad extracontractual.

20.1.3. La responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato preparatorio

A propósito de la responsabilidad precontractual, resulta interesante abordar el tema referente a la responsabilidad derivada del incumplimiento doloso o culposo de un precontrato. La similitud fonética entre ambas «situaciones» podría llevarnos a pensar que los dos supuestos acarrean los mismos efectos y que se les aplica las mismas normas

—aquellas de la responsabilidad precontractual—, si de ellos deriva un acto antijurídico indemnizatorio. Sin embargo, ello no es así.

Hemos dicho que la responsabilidad precontractual corresponde a la etapa de las negociaciones o tratativas que precede a la conclusión y perfeccionamiento de un contrato. La responsabilidad derivada de un precontrato o contrato preparatorio, por el contrario, corresponde a la etapa contractual propiamente dicha, en la que se forma el consentimiento; involucra, pues, un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes se obligan a celebrar en el futuro un nuevo contrato (definitivo o principal), y para lo cual se requiere de un nuevo acuerdo de voluntades.

Queda claro, entonces, que en ningún caso la etapa negocial o de las tratativas, lleva a suponer la existencia de un contrato tácito, pues solo existe intercambio de diálogos entre las eventuales partes. Ahora bien, el denominado precontrato o contrato preparatorio, tiene entre sus caracteres el de ser autónomo, perfecto y obligacional; en la medida que genera una obligación (con prestación de hacer) derivada del acuerdo de voluntades entre las partes, es pues un contrato y no un *iter* negocial de formación progresiva o sucesiva. Si bien fija previamente el contenido del futuro contrato definitivo, es diferente de este, manteniendo su identidad.

Se ha establecido que la responsabilidad precontractual deriva de la violación del deber genérico de «no dañar» y de la contravención al principio de la buena fe en las negociaciones, al romperse —injusta y abruptamente— las tratativas. En cambio, la responsabilidad en los precontratos, deriva de la injustificada negativa de la parte obligada a celebrar el contrato futuro y definitivo, es decir de la inexcusable oposición a cumplir con la obligación asumida.

En la responsabilidad precontractual, el daño (resarcible) resulta del actuar doloso o culposo de las eventuales futuras partes, interrumpiendo irresponsablemente el curso normal de las negociaciones, fomentando el desacuerdo total. Para determinar la responsabilidad en los contratos preparatorios, debe apreciarse y evaluarse cada una de las circunstancias (latentes y manifiestas) que determinen que, pese a los términos del contrato, el obligado se encuentre realmente impedido —natural o legalmente— de celebrar el contrato definitivo; de no ser así, habría pues ausencia de argumento o motivo para cumplir con la prestación debida: celebrar dentro del plazo determinado o determinable un contrato definitivo[686] (según versión actual de los artículos 1416 y 1423 del Código Civil Peruano).

A dicho actuar doloso o culposo dentro de la etapa negocial o de las tratativas que genera la exigencia de indemnizar, le resultan aplicables las normas propias de responsabilidad extracontractual, mientras que a la responsabilidad derivada del actuar doloso o culposo de un precontrato, son aplicables las normas de inejecución de obligaciones contempladas en el Título IX del Libro VI del Código Civil Peruano

[686] Al respecto, la doctrina señala que tratándose de un compromiso de contratar en el cual se prevén todos los elementos (esenciales y secundarios) del contrato definitivo, es bastante fácil determinar cuándo la negativa del obligado a aceptar es o no justificada, en circunstancias normales. Bastará cotejar los términos del compromiso de contratar con los de la declaración de la parte obligada, para comprobar si estos corresponden a aquellos. En caso afirmativo, la negativa del obligado será injustificada y en caso negativo será justificada. En cambio, tratándose de un compromiso de contratar para celebrar un contrato definitivo típico social o atípico en el que no figuran todos los elementos secundarios, es necesario ser muy cuidadoso, pues los límites entre la negativa justificada y la injustificada son muy imprecisos. La doctrina cree, sin embargo, que aplicando las reglas expuestas en el artículo 1415 del Código Civil Peruano, referente a la determinación de los elementos del contrato preparatorio en la modalidad de compromiso de contratar, pueden solucionarse, sin mayor dificultad, los problemas que se presenten. Desde luego, se enfatiza, nos encontramos en un terreno en el que es posible que surjan situaciones imprevistas, por lo cual en tales casos, si bien las indicadas reglas pueden servir de guía, será siempre necesario recurrir al buen criterio del juez. (De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.* Segunda Parte, tomo IV, pp. 94 y 95).

de 1984; como se sabe, dicho incumplimiento tiene como fuente generadora de obligaciones a un contrato.

Según el artículo 1418 del Código Civil, la injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo, otorga a la otra parte los siguientes derechos alternativos: (1) exigir judicialmente la celebración del contrato; o, (2) solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar. En uno u otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

En torno de la primera alternativa otorgada a la parte perjudicada por la injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo, la doctrina se ha planteado las siguientes interrogantes: ¿cómo es posible exigir judicialmente la celebración de un contrato si este es el acuerdo de declaraciones de voluntad?, ¿no se estaría obligando a celebrar un contrato y, en ese sentido, atentando contra la libertad de contratación?

Al respecto, se ha sostenido que la mejor manera de recorrer ese camino para solucionar dicha disyuntiva es conociendo los reparos y remedios similares adoptados por otras legislaciones.

La ley mexicana, por ejemplo (artículo 2102 de su cuerpo sustantivo), precisa que si el promitente rehúsa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato definitivo, en su rebeldía los firmará el juez.

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1942, establece en su artículo 2932 lo siguiente: «Ejecución específica de la obligación de concluir un contrato.- Si el que está obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte, cuando sea posible y no esté excluido por el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido. Si se trata de contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o la constitución o la transferencia de otro derecho, la demanda no

puede ser acogida si la parte que la ha propuesto no cumple su prestación o no hace el ofrecimiento de ello en los modos legales, a menos que la prestación no sea todavía exigible».

Para Messineo,[687] la demanda de la contraparte perjudicada por la injustificada negativa del obligado a la conclusión del contrato, daba lugar a una sentencia especial que ocupa el lugar y produce los efectos mismos del contrato definitivo no concluido (la llamada sentencia constitutiva), en cuya parte resolutoria se concreta la llamada ejecución en forma específica.

Sin embargo, la doctrina procesal italiana[688] planteó una triple interpretación del referido artículo 2932, según la cual: (a) la fuente de las obligaciones de los contratantes no es el contrato definitivo, sino el preliminar, y ello explica la exigencia de la forma solemne, también para el preliminar, cuando ella deba ser observada por el contrato definitivo; (b) la razón de ser del contrato definitivo reside en la mera documentación sucesiva (o reproducción) del negocio constituido por el contrato preliminar; por lo cual el definitivo estaría privado de un contenido negocial, que está ya en el preliminar; (c) la sentencia a la que se hace referencia en el artículo 2932 tendría la función de resolver la obligación nacida del preliminar, el cual, en hipótesis, habría quedado incumplido, por no haberse celebrado el contrato definitivo. En otras palabras, se otorgaría a dicha sentencia el papel de anular la condición de eficacia del preliminar, que consiste en la documentación sucesiva.

Compartiendo el criterio de una parte representativa de la doctrina peruana,[689] creemos —contrariamente a las posiciones antes cita-

---

687 Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo I, p. 365.

688 Encabezada por Montesano y seguida por Giorgianni y Lipari.

689 Véase: De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.* Segunda

das— que, en primer término, hay que tener en cuenta cuál es el objeto de un contrato preparatorio (en este caso un compromiso de contratar): la obligación de una de las partes (o de ambas si se obligan recíprocamente) a celebrar en el futuro otro contrato que actualmente no quieren o no pueden celebrar, cuyos elementos (por lo menos los esenciales) se especifican.[690] En ese sentido, el obligado a celebrar el contrato definitivo, debe acceder o aceptar al llamado que le formule la contraparte (siempre que dicha declaración de voluntad responda a la naturaleza del contrato definitivo previsto en el contrato preparatorio), de donde la exigencia judicial a la celebración del contrato definitivo (en caso de injustificada negativa), mediante la sentencia, dando por aceptada la «oferta», implica no solo una aceptación en rebeldía del obligado o «destinatario», sino también un claro mecanismo para hacer cumplir la prestación asumida.

Así el juez, resguardando los intereses de la parte perjudicada (el demandante), asume la representación del obligado recalcitrante en su posición de moroso, exigiéndole (en caso de no mediar justificación en su negativa) honrar su obligación.

Cabe recalcar que dicha facultad de solicitar judicialmente la celebración del contrato debe hacerse mientras el vínculo contractual esté vigente. Si se hace uso de la acción antes del vencimiento del plazo, no habría todavía exigibilidad, porque válidamente se puede alegar

Parte, tomo IV, pp. 100-103; Arias Schreiber-Pezet, Max. *Exégesis. Op. cit.*, tomo I, pp. 190 y 191; Romero Zavala, Luis. *Op. cit.*, tomo I, pp. 285-288.

690 Al respecto, debemos señalar que la necesaria determinación, por lo menos, de los elementos esenciales en un compromiso de contratar, sería la única diferencia de fondo con relación al contrato de opción, puesto que este si bien se muestra como una oferta irrevocable en el sentido de que solo una de las partes resulta vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo (artículo 1419 del Código Civil Peruano), también prevé la posibilidad de pactar la opción recíproca entre las partes, en virtud de lo establecido por el artículo 1420 del mismo Código.

que aún queda plazo por vencer. Cuando el vínculo ya no esté vigente, no puede existir acción posible que pretenda obligar a su cumplimiento forzoso.

En lo que respecta a la segunda alternativa concedida a la parte perjudicada, de solicitar que se deje sin efecto el contrato, existen dentro de la doctrina nacional dos interpretaciones que resulta interesante destacar.

Según una primera apreciación, la alternativa del inciso 2 del artículo 1418 de nuestro Código Civil es bastante desafortunada, porque se refiere a solicitar que se deje sin efecto un contrato que ya feneció por vencimiento del plazo. «¿Cómo solicitar se deje sin efecto un vínculo que se extinguió? Verdaderamente no tiene sentido, porque sin pedirlo nadie el vínculo desapareció».[691]

Sin embargo, en opinión que compartimos, dicha alternativa tiene más bien otro alcance y contenido, que incluso se complementa con otras normas. Se presenta, en realidad, la figura de la resolución por incumplimiento.

Al respecto, habría que considerar si el contrato preparatorio (compromiso de contratar) es uno con prestaciones recíprocas o con prestación unilateral. Para el primer supuesto, se aplicarán las disposiciones contenidas en los artículos 1428 y 1429 del Código Civil. «En consecuencia, a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, el obligado por el compromiso de contratar no podrá aceptar la oferta que le hubiera formulado la contraparte. Sin embargo, esta contraparte, renunciando a ese efecto, puede requerir al obligado mediante carta vía notarial para que satisfaga su prestación, o

691 Romero Zavala, Luis. *Op. cit.*, tomo I, p. 287.

sea para que acepte la oferta, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto de pleno derecho».[692] Tratándose de un contrato preparatorio (compromiso de contratar) con prestación unilateral, simplemente regirán las disposiciones contenidas en los artículos 1371 y 1372 del Código Civil, pudiendo el obligado, pese a habérsele citado con la demanda de resolución, acèptar la celebración del contrato definitivo, poniendo fin al proceso y minimizando la indemnización por daños y perjuicios.[693]

Con relación al defecto de forma en la celebración de los precontratos, se ha sostenido[694] que, en determinados supuestos, se puede obtener un resarcimiento cuando el contrato es nulo por falta de forma impuesta legalmente, amparándose en la denominada *culpa in contrahendo* o responsabilidad precontractual.

Al respecto, habría que formular las siguientes precisiones:

(a) Hemos señalado hasta cinco supuestos generadores de responsabilidad precontractual, dentro de los cuales estaría la celebración de un contrato sin la forma *ad solemnitatem* requerida.

[692] De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.*, tomo IV, p. 103.

[693] Según prescribe el último párrafo del referido artículo 1418, sea cual fuere la alternativa elegida, hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios, resultando de aplicación las reglas contenidas en los artículos 1318 a 1322: si el obligado no ha ejecutado su prestación (de celebrar el contrato definitivo) por dolo o culpa grave, el resarcimiento de los daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sea consecuencia inmediata y directa de tal inejecución; si la falta de ejecución se debe a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo de contraerse la obligación; pero, en ambos casos, resulta resarcible el daño moral, si se hubiese irrogado.

[694] Véase al respecto: Murillo, María Luisa. *Forma y nulidad del precontrato. Con especial referencia a la Legislación Iberoamericana.* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Colección Jurídica, 1993, pp. 462-473.

Según ha sido visto, dicho postulado parte de una celebración con formalidad distinta de la *ad solemnitaten* requerida por la ley, como también cuando una de las partes rehúsa celebrar el contrato o desiste de celebrarlo según la forma convenida o estipulada legalmente. En ese caso, el acto no solo sería nulo en virtud de lo previsto en el inciso 6 del numeral 219 del Código Civil, sino que cabría la posibilidad que se tuviera que responder por daños (si estos se irrogan) a la confianza, ya que se ven frustradas las expectativas de la otra parte.

(b) Dentro de ese orden de ideas, si se contraviene lo previsto en el numeral 1425[695] del Código Civil, se estaría trasgrediendo una norma de carácter imperativo, que sanciona al acto con nulidad. En ese sentido, hay quienes sostienen[696] que si el contrato preparatorio es nulo por defecto de forma, no podrá ejecutarse una sentencia constitutiva por la vía de ejecución específica, ni tampoco habrá posibilidad de obtener una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento o el pago de la cláusula penal, si esta hubiese sido estipulada para el caso de incumplimiento.

(c) Resulta claro que al contravenirse lo estipulado en el numeral 1425, no habría contrato preparatorio, sino más bien una negociación frustrada al presentarse ese supuesto que, según ha sido visto, de irrogar daños a cualquiera de las partes, determina una obligación de indemnizar según las normas de responsabilidad extracontractual.

[695] El texto de la referida norma es el siguiente:
Artículo 1425.- «Los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad».

[696] Murillo, María Luisa. *Op. cit.*, pp. 464 y 465.

20.2. La responsabilidad contractual

En virtud de la autonomía de la voluntad, los contratos obligan a lo expresamente contenido en ellos y a las consecuencias que implícitamente comprenden, que las partes entendieron o pudieron entender, en consideración a la buena fe que antecede a su interpretación y ejecución. Ello supone la presencia de una obligación concreta, nacida de una convención, que si es violada por una de las partes, al incumplir o no realizar la prestación prometida, genera la denominada responsabilidad contractual.

El incumplimiento de las obligaciones convencionales no constituye el único presupuesto o «fórmula» sobre el que se basa la responsabilidad contractual. Para que ésta se asuma como tal deben concurrir, además, otros elementos:

(a) Debemos encontrarnos, esencialmente, dentro de la denominada etapa contractual, la misma que se inicia con la formación del consentimiento, donde oferta y aceptación coinciden, originando una voluntad común que debe ser expresada.

(b) También es necesario que el referido incumplimiento de la obligación contractual genere un perjuicio al acreedor o contraparte.

(c) El incumplimiento, como se sabe, debe ser resultado del obrar culposo o doloso del deudor, el mismo que sólo puede liberarse de esta «presunta» responsabilidad, justificando que tal incumplimiento proviene de una causa extraña que no puede imputársele, o que no existe mala fe o negligencia de su parte.

Al respecto se ha establecido que en el área de la responsabilidad contractual, la capacidad es el presupuesto necesario para

responsabilizar al agente. Así, Jorge Eugenio Castañeda[697] señala que también es necesario atender a la circunstancia de que para que determinada persona responda en el Derecho Civil, deberá tener capacidad de imputación. La culpa presupone que la persona es capaz de actos volitivos y se encuentra en un estado mental que puede hacerle responsable de su voluntad. En este orden de ideas, es evidente que carecería de responsabilidad aquel que al practicar el hecho se encuentra inconsciente, a no ser que él mismo intencionalmente se hubiera puesto en tal estado.

De otro lado, la responsabilidad contractual tiene como efectos inmediatos forzar la ejecución de la obligación e indemnizar los perjuicios originados por la inejecución parcial, tardía, defectuosa o total; ese doble efecto será alternativo o concurrente, según los casos.

En suma, para que se configure la responsabilidad contractual resulta indispensable que el daño provenga de la inejecución de una obligación creada por un contrato; o, como dice Manuel Ossorio,[698] la responsabilidad contractual es la originada por el quebrantamiento de un contrato válido.

Ahora bien, cuando dicha responsabilidad emana de la inejecución de las prestaciones, «por parte de quienes promulgaron la ley de derecho privado»[699] a cuyo cumplimiento quedaron obligados en for-

---

[697] Castañeda, Jorge Eugenio. «La responsabilidad contractual en el nuevo Código Civil de Italia, en comparación con la del Código del Perú y la del Código Civil de Alemania». En *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n.º 236, Año XXI, Septiembre de 1963, p. 1187.

[698] Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1974, p. 674.

[699] Zago, Jorge. «Responsabilidad contractual indirecta». En *La Responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg. Op. cit.*, p. 237.

ma expresa, se configura la denominada responsabilidad contractual directa. Es decir, que si el incumplimiento (dañoso) deriva de una de las partes que suscribió o celebró el contrato, hay una consecuencia jurídica directa.

Sin embargo, no vamos a explayarnos sobre el tema, esto es sobre la responsabilidad contractual directa o por inejecución de las obligaciones, debido a que prácticamente todas las materias analizadas en estas partes del Tratado versan sobre dicho asunto.

En cambio, cuando el incumplimiento deriva no del deudor en forma directa, sino de un tercero —dependiente o no de aquél—, se configura la denominada responsabilidad contractual indirecta.

Así, Leysser León Hilario[700] anota que la responsabilidad indirecta 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.

Dentro de la complejidad de la vida contractual de nuestros tiempos, es usual que el deudor, para cumplir la obligación, se vea precisado a recurrir al concurso de terceras personas. En estos casos, el deudor deberá responder de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo estipulación en contrario (argumento del artículo 1325 del Código Civil Peruano).[701] [702]

[700] León Hilario, Leysser. «Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil Peruano y pautas para su modificación». En *Thémis*, n.º 38, Segunda época, 1998, p. 37.

[701] La norma peruana se inspira en el artículo 1228 del Código Civil Italiano de 1942, que prescribe lo siguiente: «Salvo voluntad distinta de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale de terceros, responde igualmente de los hechos dolosos o culposos de ellos».

La antigua doctrina alemana[703] afirmaba que el deudor sólo respondía de su propia culpa, y que la culpa de los representantes o del

[702] **- Fuentes nacionales del artículo 1325**

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; ni en el Código Civil de 1936.

La Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, trataba el tema en su artículo 195: «Salvo voluntad diversa de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale de la obra de terceros, responde también de los hechos dolosos o culposos de ellos»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en su artículo 181: «El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario».

Finalmente, debemos señalar que el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, tocaba el punto en el numeral 1344: «El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1292: «El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1325 del Código Civil Peruano, entre otros, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 518, tercer párrafo), los Códigos Uruguayo (artículo 1555), Chileno (artículo 1679) y Boliviano de 1976 (artículo 349), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 855), y los Códigos Paraguayo de 1987 (artículo 422), de la República de China de 1930 (artículo 224) y Holandés (Libro 6, Sección 8, artículo 3).

Por su parte, el Código Alemán (artículo 278) establece que el deudor ha de responder con el mismo alcance que en la culpa propia de la culpa de su representante legal y de la de las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación; no aplicándose la disposición del parágrafo 276, párrafo 2§, que dice «La responsabilidad a causa de dolo no puede ser anticipadamente dispensada al deudor».

[703] Enneccerus-Lehmann, citados por Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo IV, p. 325.

personal auxiliar constituía, en relación con el deudor, un hecho ajeno del cual debía responder si hizo una elección negligente (*culpa in eligendo*), o si sus instrucciones fueron deficientes, o si les dio instrumentos inadecuados, o si no los vigiló debidamente (*culpa in vigilando*).

Sin embargo, esta posición ha sido superada, dado los graves peligros ante sus consecuencias, y por haber quedado demostrado que las responsabilidades por hechos ajenos se remontan a las costumbres de los pueblos bárbaros. Es más, «los investigadores han identificado una máxima sobre el contrato de locación-conducción, contenida en el Digesto, uno de los antecedentes más dignos de crédito respecto de la figura bajo examen: '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 (Gayo, D. 19, 2, 25, 27)'».[704]

Señala la doctrina que durante la Edad Media, en el nivel de las corporaciones, también 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.

Luego, con la aparición en Europa de los primeros cuerpos sustantivos, como los Códigos de Austria (1811), de Sajonia, de Prusia (el *Landrecht*), la primera versión del Código Suizo de las Obligaciones (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.[705]

[704] León Hilario, Leysser. *Op. cit.*, p. 94.
[705] *Idem.*

De lo que se trata con la responsabilidad contractual indirecta, es de obligar a que determinadas personas utilicen la autoridad que tienen respecto de otras para evitar que causen daños.[706]

La responsabilidad contractual indirecta, recibe también la denominación de *responsabilidad refleja*, *responsabilidad vicaria*, *responsabilidad por el hecho de otro*, y *responsabilidad excepcional*, porque la obligación de indemnizar sólo se presenta en los casos en que la ley faculta a la víctima o damnificado a reclamar que lo indemnice quien, sin haber causado directamente el daño, tiene particular vinculación con el victimario.

20.2.1. Teorías que sustentan la responsabilidad contractual indirecta

A fin de encontrar el fundamento de esta responsabilidad, la doctrina ha desarrollado varias teorías contrapuestas:[707]

20.2.1.1. Teoría de la culpa in eligendo

Teoría antigua y sin justificación actual, que fuera defendida en primer término por Pothier y seguida durante casi todo el siglo XIX por varios comentaristas del Código Napoléon, entre los que podemos citar a Esmein y Bertrand de Greuille.

Según esta posición, el fundamento de la responsabilidad del comitente o patrono, radicaría en una *presunción de culpa* contra él mismo: el patrono está en culpa por la mala elección de la persona del dependiente.

[706] Martínez Coco, Elvira. *Ensayos de Derecho Civil I.* Lima: Editorial San Marcos, 1997, p. 389.
[707] Ver al respecto, Hedemann, J.W. *Op. cit.*, vol. III, pp. 163 y 164; Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, vol. II, p. 204; León Hilario, Leysser. *Op. cit.*, pp. 95-99; Chironi, G. *Op. cit.*, pp. 282-409; De Aguiar Dias, José. *Tratado de la Responsabilidad Civil.* México: Editorial Cajica, tomo I, pp. 244-246 y Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. *Op. cit.*, tomo II, pp. 726- 738.

El enfoque de la culpabilidad del «deudor» se centra, pues, en su falta de cuidado en la elección de un personal idóneo para la ejecución de la prestación.

Como sustentación a esta teoría se dijo que el deudor (patrono o comitente), en ningún caso puede argumentar la imposibilidad en que pudo haberse encontrado para impedir el daño producido por sus domésticos o comisionados en el ejercicio de la actividad a que se les ha destinado. El comitente —se dijo también— es quien debe reprocharse a sí mismo por haber depositado su confianza en individuos torpes, malos o imprudentes. La causa primera es pues la confianza inconsulta, el verdadero origen del daño sufrido por la víctima.

Sin embargo, este criterio resultaba insuficiente, y así lo recalcó Planiol al decir: «En buena hora, que se haga responsable al comitente por el hecho dañoso de sus encargados, si media culpa de su parte por haber contratado a su empleado sin tomar informes, o cuando ciertas circunstancias hubiesen debido hacerlo desconfiar; es posible que haya obrado a la ligera, que esté personalmente en culpa y que se pueda, en buen derecho, reprocharle una mala elección que habría podido evitar. Pero ello es bien raro, y en la mayor parte de los casos... no hay por lo común ninguna falta apreciable que reprochar al comitente. Que se admita su responsabilidad con motivo de una culpa personal consistente en una mala elección, cuando circunstancias particulares revelarán su imprudencia, sería justo y equitativo; pero toda presunción de culpa fundada en estos casos excepcionales sería injusta e inadmisible, porque importaría deducir la regla de lo que sucede una vez sobre mil o sobre cien, es decir, de lo que es más raro».[708] Asimismo, se observó que en muchos casos los comitentes eran declarados responsables, en razón de daños ocasionados por encargados no elegidos por ellos.

[708] Citado por Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. *Op. cit.*, tomo II, p. 727.

20.2.1.2. Teoría de la culpa in vigilando

Esta teoría fundamenta la responsabilidad en la falta de cuidado y vigilancia debida por parte del deudor para evitar que el perjuicio se produzca. Lo esencial para determinar la responsabilidad (indirecta del comitente o patrono), es el derecho a dar órdenes y el descuido al controlar la actividad de ese personal.

La autoridad del comitente sobre sus encargados es el germen de su responsabilidad. La responsabilidad del comitente tiene una sólida base moral —señala Planiol—,[709] porque se descubre en su conducta una culpa que le es personal y que consiste en su complicidad o en su negligencia: la conducta del encargado depende de la voluntad del comitente; sus actos se cumplen con el permiso y la vigilancia de este último, de suerte que la culpa de uno llega a ser la culpa propia del otro.

Sin embargo, la doctrina constató que la simple facultad de vigilancia y el derecho a dar órdenes, no le dan al individuo el carácter de comitente, ni lo tornan responsable por el hecho de sus subordinados. Así, los autores se cuestionaron lo siguiente: ¿cómo condenar equitativamente a un hombre, en razón del hecho de otro, cuando no ha autorizado ni aconsejado este acto y no ha dependido de él impedirlo? Por dichas razones, esta posición corrió la misma suerte que la anterior, concluyendo por ser desterrada.

20.2.1.3. Teoría de la acumulación de la culpa en la elección y en la vigilancia

Según esta posición, la presunción de culpa en la elección, como único fundamento de la responsabilidad indirecta, debe tener en cuenta, además, la falta de vigilancia.

[709] Citado por Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. *Op. cit.*, tomo II, p. 728.

Esta teoría tuvo singular acogida en la doctrina argentina, contando entre sus defensores a Aguiar y Parry, para quienes esa responsabilidad se funda en una doble idea de elección y vigilancia, o sea en una elección defectuosa del encargado a quien se confía la realización de un trabajo, unida a la falta de vigilancia de parte del comitente durante el desempeño de tal incumbencia.

Son tres los fundamentos expuestos a favor de esta tesis:

(a) La responsabilidad refleja que se exige al principal por el hecho de ser dependiente es la misma que proviene del hecho personal o directo del principal.

Para Cazeaux y Trigo Represas,[710] este argumento constituye un hábil juego de palabras fácil de refutar: refieren que la doctrina está conteste en admitir que la responsabilidad por el hecho ajeno es de índole excepcional, ya que lo normal es que cada uno sólo responda de las consecuencias de sus propios actos; y, en consecuencia, nada obsta a que el «fundamento» de la «excepción» —responsabilidad indirecta o refleja—, sea distinto del de la responsabilidad por el hecho personal, y es más, podría decirse que es lógico que sea diferente, pues de lo contrario la «excepción» al principio general no tendría razón para haber sido establecida.

(b) La interpretación anterior se corrobora con las disposiciones de los artículos 1118 y 1119 del Código Civil Argentino,[711] que para los casos particulares de responsabilidad por el hecho de terceros de que tratan, disponen que los principales están obligados a reparar los perjuicios, aunque prueben que les ha sido

[710] Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. *Op. cit.*, tomo II, p. 730.

[711] El texto de las mencionadas normas es el siguiente:

imposible impedirlos; por lo cual —afirman los defensores de esta postura—, si el artículo 1113[712] del mismo cuerpo sustantivo, contuviera el mismo principio, los artículos 1118 y 1119 estarían de más, porque sería inútil establecer normas especiales para casos comprendidos en la regla general.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas[713] indican que este argumento es una interpretación *contrario sensu* del significado de los artículos 1118 y 1119, interpretación que —a decir de

Artículo 1118.- «Los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos públicos de todo género, son responsables del daño causado por sus agentes o empleados en los efectos, de los que habiten en ellas, o cuando tales efectos desapareciesen, aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño».

Artículo 1119.- «El artículo anterior es aplicable a los capitanes de buques y patrones de embarcaciones, respecto del daño causado por la gente de la tripulación en los efectos embarcados, cuando esos efectos se extravían.

A los agentes de transportes terrestres, respecto del daño o extravío de los efectos que recibiesen para transportar.

A los padres de familia, inquilinos de la casa, en todo o en parte de ella, en cuanto al daño causado a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito, o por cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer; pero no cuando el terreno fuese propio y no se hallase sujeto a servidumbre de tránsito. Cuando dos o más son los que habitan la casa, y se ignora la habitación de donde procede, responderán todos del daño causado. Si se supiere cuál fue el que arrojó la cosa, él sólo será responsable».

[712] El texto del mencionado artículo es el siguiente:

Artículo 1113.- «La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable».

[713] Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. *Op. cit.*, tomo II, pp. 730 y 731.

los citados autores—, debe ser utilizada con mucha prudencia; y, por el contrario, nada de extraño o forzado puede tener el sostener que los artículos 1118 y 1119 del Código Civil Argentino, constituyen casos de aplicación de la regla general ya establecida en el artículo 1113. A mayor abundamiento, sostienen los profesores argentinos, los artículos 1118 y 1119 estarían mal ubicados en el título de los hechos ilícitos que no son delitos, por contemplar en realidad casos de responsabilidad derivada del incumplimiento contractual.

(c) Asimismo, los defensores de esta posición acumulada de las culpas (*in vigilando* e *in eligendo*), sostienen que si el artículo 1113 del Código Civil Argentino consagrase una responsabilidad objetiva del principal frente al tercero víctima, la misma debería conservar igual carácter frente al subordinado, pues de no ser así se vendría a admitir en el momento del recurso, lo que se rehusó en el momento de la acción principal: excusar la responsabilidad. Y, como el artículo 1123[714] del mismo cuerpo legal, concede al principal que pagó el daño causado por sus subordinados, una acción recursoria contra éstos, quiere decir que su responsabilidad no se funda en la idea de riesgo, sino en una presunción de culpa.

Respecto a este tercer y último argumento, Cazeaux y Trigo Represas[715] sostienen que el mismo constituye un plano equivocado del problema, y para demostrar ello, transcriben la parte pertinente de un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires

[714] El texto del referido numeral es el siguiente:
Artículo 1123.- «El que paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado, del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia».

[715] Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. *Op. cit.*, tomo II, p. 731.

en el que con el voto del Doctor Acdeel E. Salas, se dijo: «La situación jurídica en que se halla el principal por los hechos del dependiente (artículo 1113 del Código Civil) configura uno de los casos que la doctrina moderna ha incluido dentro de los de responsabilidad por deuda ajena, es decir sin deuda propia: quien ha violado el deber legal (artículo 1109 del Código Civil), condensado en el precepto *alterum non laedere* que acuñara Ulpiano (D.1.1.10.1), es el dependiente; el principal responde aunque su conducta no merezca reproche alguno; por ello —porque no es el deudor—, puede reclamar de su dependiente —quien tiene esa calidad por ser el infractor— la totalidad de lo pagado con ese motivo (artículo 1123 del Código Civil) (...). Va ello dicho que cuando el principal paga, hace un pago por tercero, aunque lo efectúe en su propio nombre».

20.2.1.4. Teoría de la representación o de la sustitución

Esta tesis cuenta entre sus eminentes defensores a Toullier, Chironi, a los Mazeud, Bartin, Cogliolo; y entre los autores latinoamericanos, a Galli, Orgaz, Barcia López, De Gásperi, entre otros.

Por efecto de la representación, se tiene una aparente confusión jurídica entre la persona del representado y la del representante, de modo que ésta parece absorbida por aquélla, y los actos del representante, como tales, están en relación con los terceros considerados como si fueran del representado.

Así, la representación envuelve los actos perjudiciales, porque se entiende que el responsable aparente, o agente, o representante, ha obrado en lugar del verdadero responsable. Claro que éste no deseará ser representado en esa forma —acota De Aguiar—;[716] lo que no es

[716] De Aguiar Dias, José. *Tratado de Responsabilidad Civil.* México: Editorial Cajica, tomo I, p. 245.

posible, en cambio, es que obrase en otra, en vista de que estaba obligado a servirse de un tercero para practicar el acto. Si no puedo, por ejemplo, hacer con la mano derecha determinada tarea y empleo la izquierda, porque aquélla está ocupada, no podría alegar ese hecho para excusarme.

Refutando esta posición, la doctrina ha planteado los siguientes argumentos:

- La responsabilidad indirecta parte de la premisa de que el hecho ilícito del subordinado se ha consumado sin autorización y sin conocimiento del principal, pues si no estaríamos ante un hecho personal de éste.
- Si el «mandatario» se extralimita en los poderes que se le han conferido, obra a título personal; en ese sentido, no es aceptable la idea de la representación.

20.2.1.5. Teoría del riesgo

La teoría objetiva del riesgo ha sido reproducida del argumento de que deben soportar las desventajas aquellos que recogen los resultados de cierta actividad: *ubi emolumentum, ibi onus* (donde están los beneficios o provechos, también deben estar las cargas, todo lo cual se sintetiza —a decir de un sector de la doctrina— en la regla clásica de que «quien goza del *commodum* (ventaja), debe sufrir el *periculum* (peligros o desventajas correlativas)».

Esta posición fue sostenida por Anastasi, Unger, Trimarchi, Borda, Spota y Besson, entre otros, para quienes el principal y el «guardián» son responsables, no porque tengan culpa, sino porque con sus actividades, con las cosas de que se sirven, crean riesgos.

20.2.1.6. Teoría del resultado

Según esta teoría, el deudor promete un resultado y al acreedor poco le importan los medios empleados para satisfacerlo.

La crítica que se hace a esta posición se funda en que no toda obligación es de resultado (asumiendo la distinción negada por nosotros), pero, asimismo, se sostiene[717] que dicha crítica revela falta de comprensión en los objetivos de la teoría: siempre existe un resultado prometido, variando sólo la fuerza de la obligación del deudor; dicho resultado puede ser menor o mayor, más positiva o más relativamente prometido, pero siempre existe.

20.2.1.7. Teoría de la fuerza mayor

Esta teoría, planteada por Soareg, adopta la definición desde el punto de vista negativo, ya que afirma que el acto del auxiliar no es exterior, y, por ende, no hay fuerza mayor que pueda eximir al deudor (al principal).

20.2.1.8. Teoría de la esfera de intereses

Esta posición parte de la idea de que tanto el deudor como el acreedor son igualmente dueños de su respectiva esfera de intereses; y para el acreedor puede también presentarse una responsabilidad obligatoria, en virtud del siguiente principio: «Has de responder de lo que proviene de tu esfera o es de tu incumbencia».[718]

20.2.1.9. Teoría de la ponderación de los intereses

Contraria a la anterior, esta posición afirma que es el deudor el conocedor de su empresa, quien sabe si necesita auxiliares y a quién elige como tales y cómo les da las instrucciones; el acreedor, en cambio, es ajeno a ello y no sabe nada de eso, por lo cual merece protección y «su interés es predominante».

---

[717] De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo I, p. 246.
[718] Hedemann, J.W. *Op. cit.*, vol. III, p. 163.

20.2.1.10. Teoría del concepto de la prestación

Fijándose sólo en el concepto objetivo de la prestación, esta teoría pretende que en caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso, ha de responder el que prometió cumplir la prestación.

20.2.1.11. Teoría de la garantía tácita

La tesis de la asunción de garantía, presupone que ésta ha sido acogida en la celebración de todo contrato, como una promesa del deudor en el sentido de aceptar la responsabilidad por sus auxiliares.

Así, quienes defienden esta posición (Friedrich Puchta, Nicola Coviello, Saleilles, Scialoja, Renand, entre otros), afirman que el contratante responde porque ha asumido una garantía tácita para con el acreedor. Se trata —señala la doctrina— de una obligación legal de garantía, impuesta por consideraciones de justicia y de interés social, y como medio de brindar una protección más eficaz a la víctima.

Los críticos de esta posición le imputan, en cambio, el defecto de fundarse en una ficción: el deudor, en la mayoría de las veces, afirma la voluntad de no responder por los hechos del dependiente.

Para De Aguiar Dias,[719] dicho argumento no es del todo acertado, porque lo que el deudor pretende siempre, en natural movimiento de defensa de su patrimonio, es reducir al mínimo sus obligaciones, a fin de evitar que ellas se traduzcan en sanciones restitutivas. Y, si esa voluntad —agrega el citado autor— de no obligarse por los actos del empleado es previa (porque el deudor no puede apartar la garantía), no tiene facultades para declarar que no la asume, especialmente cuando se trata de la garantía de incolumidad, que debe ser considerada de orden público, toda vez que no se puede estipular contra la integridad física de la persona humana.[720]

[719] De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo I, p. 244.

20.2.1.12. Teoría de la presunción legal de culpa

Considera la doctrina que esta tendencia se encuentra notoriamente emparentada con las teorías mixtas (*culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*) y con la «obligación legal de garantía», de la que sería una variante.

Según apunta esta tesis, la responsabilidad del comitente se justifica por una presunción legal de culpa en su contra, que se asienta en los elementos de elección y vigilancia.

Para esta posición, el fundamento de la responsabilidad refleja es la culpa del principal. Una culpa que la ley presupone *iure et de iure* por varias razones. Por lo pronto, porque como toda presunción se atiene *ex eo quod plerumque fit*: ciertamente, de ordinario, el principal está en condiciones de vigilar al dependiente para que no cometa actos ilícitos contra tercero.

Asimismo, se sostiene que para estimular a los patrones a fin de que elijan buenos dependientes, para que los vigilen celosamente y

[720] El planteamiento de la «obligación de garantía tácita», difiere del «deber de garantía», según el cual la responsabilidad por los auxiliares utilizados en el cumplimiento, es una manifestación que impone al obligado a no generar detrimento al acreedor con la actuación de las distintas prerrogativas que le son concedidas por su posición en la relación obligatoria. Lo que se asume es que la responsabilidad contractual 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 (León Hilario. Leysser. *Op. cit.*, p. 98).

no queriendo que el asunto de la culpa del patrón quede librado a la contingencia de las pruebas judiciales, el legislador —siguiendo una política de prevención de riesgos y eliminación de litigios que podrían proliferar—, ha preferido elevar esa culpa a la categoría de una presunción irrefragable.[721]

Por nuestra parte, consideramos que esta última teoría es la que mejor explica el lineamiento subjetivo que informa a nuestro Código Civil, cuando prescribe que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve (primer párrafo del artículo 1321); y especialmente cuando dispone que, salvo pacto en contrario, el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos (artículo 1325).

20.2.2. Condiciones para que proceda la responsabilidad contractual indirecta

Si bien el Código sustantivo no enuncia las condiciones para que proceda la responsabilidad contractual indirecta, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de señalar cuáles son tales requisitos:

(a) La relación jurídica patrimonial (el contrato) debe haberse formado o concluido entre el deudor y la víctima del daño. Ha de tratarse —como acota la doctrina—, de un contrato válido y circunscripto al deudor responsable y a la víctima, por lo menos en relación al tercero interviniente.

(b) Debe tratarse de un hecho ilícito imputable al tercero, pues de no ser así desaparecería el fundamento de la responsabilidad

[721] «Todas las presunciones legales *iuris et de iure* se apoyan en la verosimilitud del hecho presumido y en la conveniencia de que se lo tenga por tal, al margen de toda controversia judicial...». (Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. *Op. cit.*, tomo II, p. 737).

indirecta y el deudor no se vería obligado a reparación alguna. Es necesario que el tercero sea él mismo responsable, es decir que haya obrado con culpa o dolo. La responsabilidad del deudor existe por el hecho ilícito del tercero, pero si el hecho no es imputable a este último, la base de la acción de indemnización desaparece.

(c) Debe existir una relación de dependencia entre el autor del hecho y el deudor, dependencia en el sentido de que el tercero haya necesitado para obrar de una autorización por parte del deudor. Se establece que sólo hay responsabilidad contractual por hecho de otro cuando el contratante (deudor) puede encomendar a un tercero su ejecución; porque si en el contrato se le impone la obligación de ejecutar él mismo la prestación, el simple hecho de hacerla ejecutar por otro constituye violación del contrato.

Al respecto, los Mazeaud señalaban que todo el problema de la responsabilidad contractual por otro supone decidida la cuestión de saber si el deudor estaba o no sujeto a ejecutar personalmente sus obligaciones, cuestión que no puede ser resuelta sino por la investigación de la intención de las partes y de la voluntad del legislador. De ahí que el artículo 1325 de nuestro Código Civil, precise que el deudor será responsable por los hechos dolosos y culposos del tercero, cuando aquél se haya valido de éste para ejecutar la obligación.

De Aguiar Dias[722] se refiere más bien a una relación de representación entre el responsable y el autor del daño; la representación —sostiene— puede ser legal (tutores, curadores, etc.) o convencional (mandatarios, dependientes, sustitutos en general).

[722] De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo I, p. 243.

Por tanto, si el representante actúa culposamente en la ejecución de la obligación a cargo del representado, éste sufre las consecuencias del desacierto y responde del daño sufrido por el acreedor.

Sobre el particular, Jorge Joaquín Llambías[723] expresa que esa es la solución que está impuesta por la identificación de las personas de representado y representante, frente a los terceros, en el campo de los hechos lícitos, en el cual funciona esa atribución de la actividad del representante al representado: lo obrado en esas condiciones, beneficia y perjudica al representado que resulta acreedor o deudor de las obligaciones emergentes de los actos realizados por cuenta suya.

Sucede algo distinto —agrega Llambías—, si se trata de hechos ilícitos respecto de los cuales no puede haber representación que sólo se ejerce en el ámbito de lo lícito. El acto ilícito del representante sólo lo compromete a él pero no al representado, a menos que sea subordinado de este último, en cuyo caso le incumbirá responsabilidad, no como representado sino como principal, por no haber impedido que alguien sujeto a sus órdenes obrara el mal ajeno. Hay, entonces, una responsabilidad refleja que se explica a través de una culpa propia.

A mayor abundamiento, Llambías señala que cuando el deudor ha obrado por intermedio de dependientes suyos, los principios explicados precedentemente se aplican con todo rigor.

Restringiéndonos a los supuestos de hechos lícitos, no cabe duda que la culpa del dependiente muestra una culpa del propio deudor. Porque una de dos —dice el citado profesor—: el

[723] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 219 y 220.

deudor tenía que obrar personalmente, o no. Si lo primero, su culpa ha consistido en delegar un cometido que tenía que efectuar por sí mismo. Si lo segundo, la culpa del deudor consistió en recurrir a instrumentos inseguros para lograr el fin a que se había comprometido; o en todo caso, su culpa habría también consistido en elegir subordinados a quienes el acreedor puede enrostrar un comportamiento defectuoso. Lo expuesto, finaliza Llambías, explica por qué el deudor responde por los hechos de sus dependientes efectuados en el incumplimiento de la obligación, sin excusa posible de su parte.

(d) El daño debe sufrirlo el acreedor, a consecuencia del incumplimiento culposo o doloso del deudor, valiéndose del tercero.

(e) Asimismo, debe existir una vinculación entre las tareas y el hecho del tercero. En efecto, el tercero sólo «representa» al deudor en el cumplimiento de la obligación que le ha sido conferida. Es necesario, pues, que el daño se infiera «en ejercicio» o «con ocasión» del cumplimiento de la obligación asumida por el deudor.

Al respecto, los Mazeaud se refieren a la «culpa contractual del representante», la misma que para demostrarla, basta que el acreedor pruebe la inejecución del contrato, salvo si la obligación es de la naturaleza de un deber general de prudencia y diligencia, caso en que debe ser establecida la negligencia o imprudencia del representante.

20.2.3. Acciones derivadas de la responsabilidad contractual indirecta

En lo referente a las acciones derivadas de esta responsabilidad contractual indirecta, la doctrina describe a las siguientes:

(a) Dado que el deudor resulta responsable ante el acreedor, en razón de los hechos culposos o dolosos del tercero (del cual se vale para el cumplimiento de la prestación asumida), tiene el

derecho de reclamar a éste por vía de acción de regreso o recursoria,[724] cuando haya tenido que indemnizar al acreedor a causa de culpa de aquél.

Los autores ponen énfasis en que esta acción tiene como fundamento la relación jurídica contractual que vincula al deudor con sus representantes convencionales (contrato de mandato) o con sus dependientes (locación de servicios, contrato de trabajo, etc.). Si la representación proviene de la ley, por ejemplo, padre, tutor o curador, se dice que la acción de regreso se rige por los principios de la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Asimismo, la doctrina recalca que para que la acción de regreso prospere, el deudor tendrá que probar la culpa de su representante o dependiente, y la relación de causalidad entre el hecho del mismo y el monto del daño cuyo reintegro pretenda aquél. Esto último tendrá especial importancia cuando la indemnización a favor del acreedor haya sido fijada por acuerdo de éste con el deudor.

(b) Según Eduardo B. Busso,[725] independientemente de la responsabilidad del deudor por la culpa de sus representantes, el acreedor siempre dispone de una acción directa contra éstos para obtener el resarcimiento del daño que ellos le han provocado. Pero es de observar que entre el acreedor y los autores directos del daño no hay vínculo jurídico preexistente, pues la relación obligacional es con el deudor. De ahí que el daño deba ser encuadrado dentro del marco de la responsabilidad por los hechos ilícitos, y por tanto el acreedor que quiera hacer valer esta acción directa tendrá que establecer todos los presupuestos de hecho que condicionan el juego de aquella responsabilidad. Además, el acreedor podrá entablar contra los autores del daño una acción indirecta u oblicua, subrogándose en los derechos de su deudor contra ellos.

[724] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 221.
[725] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, p. 292.

Asimismo, en relación al tema de los requisitos o condiciones de la responsabilidad contractual indirecta, la doctrina afirma que para quienes defienden los sistemas objetivos, la cuestión se torna más simple: una vez que se admite la responsabilidad derivada del riesgo creado o de cualquier otro fundamento que considere objetivamente el daño y la necesidad de indemnizarlo, sin indagación de la culpa del responsable, se tiene como consecuencia lógica la reparación por hecho de tercero, sin considerar de qué naturaleza son las relaciones entre el representante y el representado o entre ellos y la víctima.[726]

20.2.4. Principales supuestos de responsabilidad contractual indirecta

Dentro de los principales supuestos de responsabilidad contractual indirecta, podemos mencionar los siguientes:

20.2.4.1. En el contrato de arrendamiento

Entre las obligaciones del arrendatario, la ley civil dispone que éste debe conservar el bien en buen estado y responder de todo daño o deterioro que se causare por su culpa o por el hecho de las personas de su familia que habitan con él, de sus domésticos, trabajadores o huéspedes o subarrendatarios, lo que nos coloca frente a la hipótesis de una responsabilidad del inquilino (deudor), por el hecho de terceros.[727]

[726] De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo I, pp. 243 y 244.
[727] Podemos citar, dentro del supuesto planteado, las siguientes normas del Código Civil Peruano de 1984:

Sobre el particular, Acuña Anzorena[728] señala que la ley ha puesto a cargo del locatario una responsabilidad contractual por el hecho de otro, radicando su fundamento en que al servirse de terceras personas o al asociarlas en el uso o goce de bienes que está obligado a devolver, no le priva del carácter de deudor único y originario, de tal manera que si la obligación no se cumple por culpa de aquéllos, el deudor no podrá liberarse; porque si le es dado valerse de ayudantes o compartir con otros el goce del bien sujeto a restitución, no puede imponer a su acreedor las consecuencias dañosas de personas cuya intromisión en el contrato le resulta extraña.

En ese sentido, si el perjuicio proviene de un tercero extraño al arrendatario, que no cuenta con su voluntad o está contra la voluntad del inquilino, no cabría responsabilidad indirecta para éste, porque con respecto a él, dicho tercero resulta un extraño y su actitud o quehacer no puede originarle obligación alguna.

20.2.4.2. En el contrato de locación de servicios

Se sabe que por la locación de servicios, el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución (artículo 1764 del Código Civil); y que dicho servicio debe «prestarse» personalmente. Sin embargo, la propia ley establece que el locador puede valerse de auxiliares y sustitutos, siempre y cuando tal colaboración

Artículo 1683.- «El arrendatario es responsable por la pérdida y el deterioro del bien que ocurran en el curso del arrendamiento, aun cuando deriven de incendio, si no prueba que han ocurrido por causa no imputable a él.
Es también responsable por la pérdida y el deterioro ocasionados por causas imputables a las personas que ha admitido, aunque sea temporalmente, al uso del bien».
Artículo 1693.- «Tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario».

[728] Citado por Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, p. 265.

esté permitida por el contrato o por los usos y no sea incompatible con la naturaleza de la prestación, estando dichos auxiliares bajo la dirección y responsabilidad del locador (artículo 1766 del Código Civil Peruano).

20.2.4.3. En el contrato de hospedaje

La responsabilidad principal del hospedante es la de ser depositario del dinero, joyas, documentos y otros bienes recibidos en custodia del huésped, debiendo poner en su cuidado la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Dentro de ese contexto, el hospedante responde igualmente por los actos u omisiones de los familiares que trabajan con él y de sus dependientes (artículo 1722 del Código Civil Peruano).

20.2.4.4. En el contrato de obra

La característica principal del contrato de obra, como modalidad de prestación de servicios, es que el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución. El contratista no puede introducir variaciones en las características convenidas de la obra ni subcontratar íntegramente su ejecución, salvo autorización escrita del comitente, en cuyo caso responde solidariamente frente a éste por las acciones del subcontratista (artículo 1772 del Código Civil).

20.2.4.5. En el contrato de mandato

En lo referente al contrato de mandato, el Código Civil Argentino prescribe en su artículo 1924 lo siguiente: «El mandatario puede sustituir en otro la ejecución del mandato; pero responde de la persona que ha sustituido, cuando no ha recibido el poder de hacerlo, o cuando ha recibido este poder, sin designación de la persona en quien podía sustituir, y hubiese elegido un individuo notoriamente incapaz o insolvente».

Al respecto, Jorge Alberto Zago[729] sostiene que resulta trascendente la primera parte, la que en forma concreta faculta al mandatario para sustituir el mandato recibido.

Sobre el particular, la ley civil peruana precisa que el mandante está obligado, salvo disposición distinta, a practicar personalmente los actos comprendidos en el mandato y a sujetarse a las instrucciones del mandante (inciso 1 del artículo 1793 del Código Civil). Sin embargo, tratándose de un mandato sin representación, se prescribe que el mandatario no es responsable frente al mandante por la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las personas con quienes haya contratado, a no ser que al momento de la celebración del contrato conociese o debiese serle conocida su insolvencia, salvo pacto distinto (artículo 1812). Resulta claro, entonces, que la regla es que el mandatario cumpla personalmente la obligación encomendada, pero, si las partes así lo convienen, puede valerse de terceras personas para tal ejecución, estableciéndose, además, una presunción legal de responsabilidad en caso de que esas terceras personas resultasen insolventes al momento de concertar con ellas los negocios que le servirán para el cumplimiento de su mandato.

20.2.4.6. En el contrato de transporte

El aún vigente Código de Comercio, dispone entre sus artículos 350 a 374 la responsabilidad de las empresas de ferrocarriles, de los troperos, arrieros, cargadores, porteadores y, en general, de todos los que se encargan de conducir mercaderías o personas, mediante una comisión o flete, que deben efectuar la entrega en el tiempo y en el lugar del convenio, por las pérdidas o daños que resultaren de malversaciones u omisiones suyas o de sus factores, dependientes y otros

[729] Zago, Jorge Alberto. *Op. cit.*, pp. 239 y 240.

agentes cualesquiera. Así, ello constituye también una responsabilidad contractual indirecta respecto del transportista que asumió el compromiso de cumplir con la entrega en el momento y en la forma convenida.

20.2.4.7. La responsabilidad por el hecho de los auxiliares de los organismos médicos

Alberto Bueres[730] sostiene que resulta fundamento de esta obligación reparatoria (ubicándonos en el plano del contrato o del acuerdo), la garantía que tiene negocialmente el *solvens* por la conducta de sus auxiliares, en la estructura de la relación obligatoria, en la teoría del riesgo o, en fin, en la culpabilidad aprehendida diversamente.

Por su parte, Bustamante Alsina[731] expresa que en el supuesto de los daños que pueda experimentar el acreedor, como consecuencia de la intervención de dependientes o subordinados del deudor en la ejecución de la prestación, la obligación de seguridad se convierte en una obligación de garantía. La llama así porque la culpa o dolo del dependiente puede comprometer su responsabilidad personal por el hecho propio en la órbita extracontractual, pero desde que ese hecho ha sido ejecutado en el cumplimiento del contrato del deudor a quien el dependiente representa, ese deudor es también responsable contractualmente por una obligación de garantía.

Asimismo, Juan Carlos Venini[732] apunta que la situación de los médicos, dependientes de clínicas, está condicionada al modo de conceptuar las obligaciones a su cargo; si tienen origen en una estipu-

[730] Bueres, Alberto J. *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos.* Buenos Aires: Abaco, 1981, p. 18.

[731] Citado por Zago, Jorge Alberto. *Op. cit.*, p. 238.

[732] Venini, Juan Carlos. *Responsabilidad por daños contractual y extracontractual.* Buenos Aires: Editorial JURIS, 1990, tomo I, pp. 167-197.

lación a favor de terceros, es posible afirmar el origen contractual de sus prestaciones, y del terreno extracontractual es dable extraer los deberes de asistencia médica a cargo de tales profesionales.

Helena Higton[733] considera que cuando el médico atiende a un paciente, aunque no medie vínculo contractual con éste, le resultan aplicables las normas de la responsabilidad contractual. «Siempre habrá —dice— una obligación preexistente, nacida de un acto lícito, que el médico cumple cuando interviene en la atención de un paciente».

Sobre el tema, Venini agrega que tal responsabilidad no necesariamente debe ser contractual, pudiendo haber un obligación legal o cuasicontractualmente asumida, o pudiendo haber contrato con un tercero. No puede compararse, sostiene, la genérica obligación de no dañar a otros, constitutiva de la responsabilidad por hechos ilícitos, con la obligación específica de no dañar al paciente que está sometido al tratamiento médico y es acreedor de un servicio apropiado a las circunstancias. Siempre hay un vínculo obligacional previo a la prestación médica y cualquiera que sea la fuente de éste, no será un delito ni cuasidelito, únicos casos en que se aplica la responsabilidad aquiliana. La mala atención médica —finaliza Venini—, puede generar un ilícito o constituir un ilícito, pero la obligación de atender a un paciente determinado es previa y siempre nace de una fuente lícita; por ello, el incumplimiento de esta obligación da nacimiento a una responsabilidad contractual.

20.2.5. Tendencia jurisprudencial

En torno al tema de la responsabilidad indirecta, podemos citar —a título ilustrativo— las siguientes Ejecutorias Supremas:

[733] Citada por Venini, Juan Carlos. *Op. cit.*, tomo I, p. 169.

I. «El principal está obligado por los actos que, en su nombre, practica el empleado».[734]

II. «El principal no está obligado por los actos que practique su empleado en su propio nombre».[735]

III. «Por lo dispuesto en el artículo 1136 del Código Civil, el Gobierno está en la obligación legal y moral de indemnizar los daños causados por la negligencia de los funcionarios llamados a prestar garantías, quienes no tomaron disposiciones para prevenirlos y evitarlos».[736]

IV. «El artículo 1136 del Código Civil supone la comisión de actos positivos que originen un daño o la existencia de formas de omisión que, inequívocamente, constituyen su causa. El principal responde de los daños y perjuicios causados por la omisión culpable de su servidor. La estimación de los daños debe hacerse prudencialmente compulsando los distintos elementos que han concurrido a producirlos».[737]

V. «El monto de la indemnización que debe pagarse a una víctima de un accidente aéreo, debe fijarse en atención a la responsabilidad de la obligada y al daño moral y material que se le ha causado».[738]

[734] Ejecutoria Suprema del 20 de julio de 1940. Revista de los Tribunales, 1940, p. 273.
[735] Ejecutoria Suprema del 7 de mayo de 1945. Revista de Jurisprudencia Peruana, diciembre de 1945, p. 587.
[736] Ejecutoria Suprema del 17 de julio de 1950. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1950, pp. 1231 y 1232.
[737] Ejecutoria Suprema del 20 de noviembre de 1963. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1963, pp. 326 y 327.
[738] Ejecutoria Suprema del 26 de abril de 1967. Revista de Jurisprudencia Peruana, n.º 280, 1967, p. 606.

VI.- «Habiéndose acreditado el daño sufrido por la víctima como consecuencia de un accidente de tránsito en que viajaba como pasajero de un vehículo del Estado, éste está obligado a indemnizarlo».[739]

VII.- «El principal responde en forma solidaria con su dependiente, por los daños y perjuicios que éste hubiera causado en el ejercicio de sus funciones».[740]

VIII.- «Los daños ocasionados a una firma comercial por la incompetencia, negligencia y mala interpretación de la ley de parte de los empleados públicos, deben ser indemnizados por el Supremo Gobierno».[741]

IX.- «El propietario de un vehículo es responsable de los daños y perjuicios causados con él por el chofer a su servicio, que actuó con notoria negligencia».[742]

X.- «La propiedad del vehículo no es determinante de la responsabilidad del dueño. La relación de dependencia con el causante del daño es la circunstancia vinculante. Existen diferencias en los casos contemplados en la Ley por acto ilícito».[743]

XI. «La responsabilidad contractual es aquella que proviene de la inejecución de obligaciones, dado que entre el demandante y

[739] Ejecutoria Suprema del 10 de octubre de 1968. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1968, p. 101.

[740] Ejecutoria Suprema del 2 mayo de 1969. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1969, p. 471.

[741] Ejecutoria Suprema del 3 de octubre de 1970. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1970, p. 1359.

[742] Ejecutoria Suprema del 4 de abril de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1975, pp. 390 y 391.

[743] Ejecutoría Suprema del 3 de abril de 1978. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1978, p. 399.

demandado existe un vínculo contractual. La prueba del dolo o de la culpa inexcusable, corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso».[744]

20.2.6. A modo de conclusión

El fundamento de esta responsabilidad, en suma, se encuentra en la particular situación dada por el actuar u obrar de los terceros de quienes el deudor se vale para el cumplimiento de la obligación, la misma que no es admisible como supuesto liberatorio del deudor por imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Precisamente por dicha exigencia, se discute no solo la perspectiva subjetivista de nuestro Código, sino, además, se ha llegado a afirmar que resulta un contrasentido establecer que el tercero puede obrar con dolo o culpa frente al acreedor.

Como crítica a la regulación contenida en el Código Civil Peruano sobre el particular,[745] se ha sostenido que no hay dolo o culpa «obligacionales» de un tercero ante el acreedor, porque aquel, el ejecutor material de la prestación, no está vinculado con este.

Al respecto y siguiendo las apreciaciones de Enneccerus,[746] diremos que la responsabilidad contractual indirecta se funda principalmente en que el tercero no solo es la persona elegida por el deudor para el cumplimiento de la prestación asumida, sino además es quien entra en contacto con el acreedor y realiza, con su conformidad, el

[744] Ejecutoria Suprema del 18 de agosto de 1997. Ledesma Narváez, Marianella, *Jurisprudencia de Derecho Civil*, pp. 201 y 202.

[745] León Hilario, Leysser L. *Op. cit.*, pp. 100-102.

[746] Enneccerus, Ludwig. *Op. cit.*, tomo II, Volumen Primero, p. 233.

comportamiento encaminado a ese fin. De ahí que la doctrina clásica hace hincapié en que la obligación de diligencia no es un deber especial de conducta personal diligente, paralelo al deber de realizar la prestación, sino más bien una cualificación del propio deber de prestación. Si el deudor debe una prestación propia, debe una prestación propia diligente. Si debe la prestación de un tercero, debe la prestación diligente de éste. Pero quien debe una prestación que tiene que ser ejecutada por una persona no determinada previamente, responde de la prestación diligente de aquel que la ejecutará.

20.3. La responsabilidad extracontractual

Hemos visto que la responsabilidad contractual se presenta cuando el deudor no cumple, por culpa o dolo, las obligaciones contraídas en virtud de un contrato, y cuando como consecuencia de ello se causa un daño al acreedor. Esta responsabilidad se deriva del propio contrato, que refleja la voluntad de las partes y que, en principio, es soberana para regir la situación jurídica que se creó.

Corresponde ahora ocuparnos de la denominada responsabilidad extracontractual, la misma que se aplica a propósito de los daños que sobrevienen entre personas que no están ligadas por contrato alguno.

Así, Federico Puig Peña[747] expone que cuando una persona causa, con su conducta, daño a un tercero en su persona o bienes, sin que este daño pueda relacionarse con un vínculo anterior que los una, se dice que debe resarcir en virtud de responsabilidad extracontractual.

La denominada responsabilidad extracontractual, de gran acogida y alcance en el Derecho Moderno, fue reconocida desde siempre, aunque no con la amplitud de criterio que hoy se le atribuye.

[747] Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español.* Barcelona: Ediciones Nauta S.A. 1966, vol. II, tomo III, p. 1167.

Según lo señalado cuando abordamos el tema referente a la evolución histórica de la responsabilidad civil, en el Derecho Romano solo se concedían indemnizaciones en ciertos casos específicos, a través de la *Lex Aquiliae*. Esta norma —como se recuerda— no exigía la *culpam* o la prueba de la negligencia del autor como condición para aplicarse, pues solo era necesario probar el *damnum iniuria datum*; se trataba de una responsabilidad que ahora llamaríamos «objetiva».

Es más, como expresan Mazeaud y Tunc,[748] la *Lex Aquiliae* tenía un campo tan restringido que solo estaba concedida la acción a los propietarios que eran ciudadanos romanos y, posteriormente, se la amplió a los titulares de otros derechos reales y a los peregrinos (visitantes extranjeros) que no tenían ciudadanía romana.

Al respecto, Sandro Schipani[749] afirma que el sistema romano de la responsabilidad extrae de la interpretación de la *Lex Aquiliae* el principio según el cual «la culpa es punible» por los daños provocados injustamente al margen de una relación obligatoria preexistente, lo que constituye el principio general de la denominada responsabilidad extracontractual, llamada también, en virtud de ese origen, responsabilidad aquiliana.

Hay quienes sostienen, en cambio, que la responsabilidad extracontractual comienza recién de modo bastante incipiente en el siglo XIII (en el antiguo Derecho Anglosajón), con el recurso denominado *trespass*, que era un remedio contra los daños directos y físicos causados a personas o propiedades.

[748] Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Op. cit.*, tomo I, pp. 34-36.

[749] Schipani, Sandro. «El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: El principio de la culpa y el método de la tipicidad». En *La Responsabilidad.* Homenaje a Isidoro H. Goldenberg. *Op. cit.*, pp. 21-36.

Sobre el particular, Fernando de Trazegnies Granda[750] recuerda que en la Inglaterra del siglo XIII no había una preocupación teórica sobre la materia (igual que en Roma), y lo que ahora es la responsabilidad extracontractual se desarrollaba en función de casos específicos. Para accionar judicialmente, el demandante tenía que comprar una suerte de formulario o recurso *(writ)*, y solo se vendían recursos específicos. El único de tales recursos o *writs* que originalmente tenía vinculación con el campo de aplicación de la moderna responsabilidad extracontractual era el *trespass*. Posteriormente, los tribunales fueron creando nuevos *writs* en este campo y es así como poco a poco se fue constituyendo un mosaico de acciones que fueron calificadas bajo el nombre genérico de *torts* —viene del latín popular *tortum* que significa «torcido», vía el francés *tort* que se refiere a algo contrario a Derecho—. Los primeros *writs* fueron variantes del *trespass*, utilizables siempre frente a situaciones específicas: ingreso violento a la propiedad ajena, apropiación violenta de ganado, perturbación violenta del cuerpo de otra persona. Uno de los *writs* que aparece más tardíamente es el llamado *negligence* que, de alguna manera, incorpora algo de la idea de la culpa. Sin embargo, a De Trazegnies el *tort* de *negligence* le recuerda más a la *iniuriam* romana que a la *culpam*: se constituye porque el agente infringe objetivamente un deber establecido, antes que por la moralidad implícita de la conducta subjetiva.

En la Edad Media, a partir del Derecho Canónico, la idea de la responsabilidad se moldea a partir de una concepción más moralista, sobre la noción del pecado, apartándose de la apreciación subjetiva romana.

[750] De Trazegnies Granda, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual.* Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. IV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, tomo I, pp. 33 y 34.

Para Rotondi,[751] la partida de nacimiento de la responsabilidad extracontractual estaría en la Escuela Clásica del Derecho Natural, cuya contribución, según anota, no consistiría tanto en haber provocado una aplicación más amplia —al afirmar el principio de que el daño como tal genera obligación de resarcimiento—, liberando a la responsabilidad de la casuística aquiliana, sino en haber elaborado una justificación autónoma —la equidad— que permitió a la doctrina traducir en una formulación general aquello que la práctica había anticipado.

En cambio, los autores franceses manifiestan que fue Domat quien enunció por primera vez el principio general de responsabilidad, colocando a la culpa como centro de su teoría, fruto de las «nuevas ideas individualistas».

Sea con los canonistas medievales dentro de la perspectiva del pecado, sea con los alemanes de la Escuela Clásica, sea con Domat, lo relevante es que la opinión mayoritaria de la doctrina concuerda en glosar al siglo XVII como la época en que la responsabilidad extracontractual adquiere personalidad propia y llega a su mayoría de edad, dentro del marco individualista liberal. Ello no excluye, sin embargo, que se deje de reconocer que fue en Roma donde se prefiguró la institución.

En lo que respecta a los supuestos de la responsabilidad extracontractual, estos pueden derivar tanto de los actos propios de una persona, que corresponden a lo que la doctrina denomina hipótesis normal, como de los actos de extraños, y de los daños que causen a terceros los animales y las cosas inanimadas, situadas dentro de la órbita de dominio por la que se responde.

[751] *Ibidem*, tomo I, p. 35.

En primer lugar, abordaremos el análisis de la denominada responsabilidad extracontractual por actos propios.

Este primer caso de ilícito extracontractual supone una actividad o manifestación de voluntad en forma de acción u omisión, así como un resultado y una relación de causa a efecto entre ambos. Como lo describe Federico Puig Peña,[752] se precisa de un comportamiento humano que sea voluntario y externo porque *cogitationis poena nemo patitur.*

Consecuencia de esa actividad es el «daño causado a otro», modificando la armonía del mundo perteneciente al damnificado. De lo que se desprende la necesaria interrelación que debe existir entre dicha manifestación de voluntad y el resultado —característica propia del vínculo o nexo causal, requisito de la responsabilidad civil—.

Se exige, además, que en dicha conducta se den las referencias propias de un actuar doloso o culposo y, en definitiva, que no exista a su favor ninguna causa de exclusión de imputabilidad.

Los elementos descritos en este primer supuesto extracontractual constituyen, en sí, las condiciones propias para que determinado actuar dañoso sea pasible de la obligación de indemnizar. Todos ellos ya fueron analizados en extenso a propósito del estudio de los factores de atribución de la responsabilidad civil a cuyos conceptos remitimos al lector.

Cabría destacar, sin embargo, que este primer supuesto de responsabilidad extracontractual se aplica a propósito de los daños que sobrevienen por dicho actuar (propio), pero que tal «actor» no se encuentra ligado por ningún contrato con la víctima.

[752] Puig Peña, Federico. *Op. cit.*, vol. II, tomo III, p. 1171.

Dentro del referido orden de ideas, el Código Civil de 1984 prevé en su artículo 1969 que aquel que por su dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo.

A decir de José León Barandiarán,[753] dicha norma constituye el primer criterio informador admitido por el Código de 1984 en materia de responsabilidad extracontractual: el de la responsabilidad subjetiva, conforme a la cual como principio se responde por el daño, cuando juzgada la respectiva conducta, se encuentra que existe una razón suficiente para la responsabilidad.

Señala León Barandiarán que pueden darse numerosos casos en que funcione una responsabilidad subjetiva: los daños producidos de *corpore et corpore*, los daños por violación de cualesquiera de los derechos de la persona humana consagrados en el Título II del Libro I, sin olvidar el caso de *effusis et de ceitis.*

Comentando el artículo 1969 del Código Nacional, agrega el maestro que la culpa y el dolo se presumen contra el autor del daño. Mas el autor puede superar esa presunción, es decir, realizar el descargo del que se habla en la mencionada norma.

Si bien el precepto no señala los elementos de juicio para tal descargo, se sabe que estos son el caso fortuito, la fuerza mayor y el hecho determinante de un tercero, o la imprudencia de quien padece el daño (artículo 1971 del Código Civil), figuras que ya fueron analizadas en el punto referente a los supuestos en los cuales se produce la fractura de la relación causal, comentarios a los que remitimos al lector.

Asimismo, finaliza el profesor sanmarquino anotando que se debe considerar que aun faltando los casos antes indicados, el deudor pue-

[753] León Barandiarán, José. *Responsabilidad Extracontractual. Código Civil. Exposición de Motivos. Op. cit.*, tomo VI, p. 800.

de alegar y probar que él observó una conducta prudente y diligente, sin poder, no obstante, evitar la producción del daño; es decir que obró dentro de una conducta razonable, motivo por el cual no debe responder por el daño producido.

De otro lado, se encuentra el supuesto de responsabilidad extracontractual derivado de los actos dañosos de terceros o responsabilidad por el hecho de otro; vale decir, cuando el hecho generador de la responsabilidad no es realizado por la misma persona obligada a resarcirlo, sino por otro individuo.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas[754] expresan que lo normal es que cada uno solamente responda por las consecuencias de la propia conducta; lo excepcional es que alguien deba responder del daño causado por otro.

Prima facie —señalan los citados autores—, este tipo de responsabilidad por el hecho ajeno aparece entonces como un quebrantamiento del principio general de que nadie debe cargar con la culpa de otro; pero, a poco que se indaga, se advierte que la excepción es más aparente que real, y que no implica de manera alguna la anulación del referido principio.

En torno al tema de la responsabilidad por el hecho de otro, hemos adelantado ciertos conceptos cuando abordamos el punto referente a la responsabilidad contractual indirecta por el incumplimiento de las obligaciones; aquella que —como se dijo— comprendía las implicaciones jurídicas y patrimoniales que recaen sobre un deudor, cuando la prestación que ha comprometido frente al acreedor no se cumple, o se verifica de modo inexacto, como consecuencia de la actuación de los terceros empleados por el primero para la ejecución de

[754] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 723.

lo debido —debe existir, pues, una relación de dependencia entre el autor del hecho y el deudor, dependencia en el sentido de que el tercero haya necesitado, para obrar, de una autorización por parte del deudor—.

Corresponde ahora precisar otros caracteres de esta responsabilidad indirecta, que —como se verá— no solo se presenta cuando el deudor (de una relación jurídica obligacional) se vale de un tercero para ejecutar la obligación y dicha ejecución deriva en el actuar doloso o culposo de este.

Así, la ley obliga a una persona a reparar un perjuicio, aun cuando haya permanecido ajena a su realización. Pero, aclara la doctrina, la mayoría de veces —responsabilidad de los padres, tutores, curadores, maestros, etc.— las personas declaradas responsables tienen normalmente una «parte» en la realización del perjuicio, y aunque su hecho no haya constituido la «causa» del daño, no por ello deja de ser una de las «condiciones» que, de faltar, habría obstado a la materialización del evento dañoso.

Según apuntan los autores, el concepto de la responsabilidad por el hecho de otro es muy antiguo, y armoniza con una organización muy sólida de las agrupaciones sociales: el grupo, el clan, la tribu, la familia, al absorber la individualidad de sus miembros, resultan responsables en su generalidad. Pero se dice que el concepto moderno es otro: debilitados los grupos sociales, no se trata ya de buscar responsabilidades solidarias, sino de obligar a ciertas personas a usar la autoridad que se les confiere respecto de otros, para impedir a estos últimos que causen daños.

La doctrina y la legislación (nacional y extranjera) consideran distintos supuestos de esta responsabilidad extracontractual. A modo de ejemplo, enunciaremos algunas de estas situaciones particulares, algunas de las cuales serán estudiadas cuando nos avoquemos a cada uno de los casos específicos de responsabilidad:

- La responsabilidad de los directores de colegio y maestros artesanos, por los hechos de sus alumnos y aprendices.
- La responsabilidad de los capitanes y dueños de embarcaciones, por los perjuicios ocasionados por los hombres de la tripulación en los efectos embarcados.
- La responsabilidad de los padres de familia e inquilinos de una casa, total o parcialmente ocupada por ellos, por los objetos arrojados a la vía pública o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito, o colocados o suspendidos peligrosamente y que llegaren a caer.
- La responsabilidad de los tutores o curadores, entre otros casos.

Dichas responsabilidades encuadrarían dentro de los supuestos contemplados en los numerales 1975, 1976 y 1981 del Código Civil Peruano.[755]

[755] El texto de los referidos preceptos es el siguiente:
Artículo 1975.- «La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable».
Artículo 1976.- «No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal».
Artículo 1981.- «Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este 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».
A decir de José León Barandiarán, se atribuye responsabilidad al empleador por razón del daño producido por su empleado a raíz de las circunstancias que se indican, expresándose que ambos responsables lo son de modo solidario. Se puede considerar —anota el citado profesor— que hay una responsabilidad objetiva atribuible al empleador, salvo que se piense que existe una *culpa in eligendum* (León Barandiarán, José. *Responsabilidad Extracontractual. Exposición de Motivos del Código Civil. Op. cit.*, tomo VI, p. 805).

[756] El texto de la citada norma es el siguiente:

Sin embargo, también habría otro supuesto de responsabilidad indirecta extracontractual, de tipo mediata, previsto por el artículo 1978,[756] según el cual es responsable del daño quien incita o ayuda a causarlo.

Dicho caso acarrea la presencia de dos agentes responsables y una víctima; primero, el sujeto llamado inmediato, que es quien realiza el hecho dañoso; segundo, el sujeto mediato, por cuanto él incitó o ayudó a causar el daño.

Según Cazeaux y Trigo Represas,[757] existen algunos principios que, en general, son de carácter y aplicación común a los distintos casos de responsabilidad refleja. Ellos versan sobre:

(a) La acción contra el civilmente responsable

En virtud de esta acción, las personas damnificadas por el tercero pueden perseguir directamente ante los tribunales civiles a los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligados a llevar a juicio a los autores del hecho.

(b) La acción contra el autor directo del daño

Señalan Cazeaux y Trigo Represas, que resulta obvio, por aplicación de los principios generales sobre responsabilidad por hecho propio, que el damnificado puede también dirigir su acción contra el autor material del hecho dañoso, prescindiendo del tercero civilmente responsable.

Según los autores citados, con la dación del Decreto Ley N.° 17.711/68 se modificó el artículo 907 del Código Civil (se re-

Artículo 1978.- «También es responsable del daño aquel que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias».

[757] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 808 y 811.

fieren a la ley sustantiva argentina), permitiendo demandar por daños y perjuicios a una persona que carecía de discernimiento al tiempo de cometer el hecho ilícito dañoso; no obstante lo cual —señalan los referidos profesores—, acordar o no la reparación, y en su caso en qué medida, es una atribución deferida exclusivamente al libre arbitrio del juez, el que «podrá» disponerla fundándola «[...] en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima». De más está decir —agregan—, que cuando el damnificado eligiere como sujeto pasivo de su acción a una persona civilmente incapaz, el juicio deberá entenderse siempre con su representante, quien entonces asumirá en tal carácter la defensa de la persona bajo su potestad; y sin perjuicio de que además pueda resultar alcanzado personalmente por otra demanda, como tercero civilmente responsable.

Fuera de lo expuesto, añaden los profesores argentinos, la víctima del hecho dañoso puede demandar al autor material y al civilmente responsable, por separado o conjuntamente, sin que en este último supuesto el desistimiento de la acción contra uno de ellos obste para nada el progreso de la deducida contra el otro. Bien entendido que, percibida íntegramente la indemnización de uno cualquiera de los corresponsables, ya no podría la víctima intentar cobrar al otro, por carecer entonces de causa jurídica tal pretensión. A mayor abundamiento, finalizan, el autor directo del daño y el civilmente responsable, quedan frente a la víctima obligados *in solidum* y por la totalidad de la indemnización; de manera tal que la víctima podría exigir y obtener de uno cualquiera de ellos, la reparación íntegra del perjuicio que se le haya causado.

(c) La acción recursoria

Según Cazeaux y Trigo Represas, el fundamento de esta acción estriba en la circunstancia de que el civilmente responsable que paga, lo hace como «tercero», por cuanto su responsabilidad lo es por deuda ajena; quien en realidad ha violado el deber legal de «no dañar a los demás» es el dependiente, y el principal responde aunque su conducta no merezca reproche alguno. Y por ello, es decir, porque no es deudor, puede reclamar de su dependiente (quien sí tiene esa calidad por ser el infractor del deber jurídico) la totalidad de lo pagado por ese motivo. Y precisamente en razón de lo expuesto es que, para poder repetir el principal, debe primero haber pagado la indemnización a la víctima, ya que recién desde entonces se convierte en acreedor del autor material del hecho ilícito.

Asimismo —a decir de los citados autores—, la fuente de la referida acción se encuentra en el artículo 1123 del Código Civil Argentino, precepto que establece que «El que paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia». Dicha regla, acotan, debe ser generalizada y aplicada a todos los casos de responsabilidad indirecta, con excepción de los actos ilícitos cometidos por persona sin discernimiento, en cuyo supuesto los padres, tutores o curadores son los únicos responsables.

Hasta aquí las apreciaciones de Cazeaux y Trigo Represas en torno de las acciones derivadas de la responsabilidad refleja.

Por su parte, Jorge Mosset Iturraspe[758] afirma que el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil es la acción u obrar

[758] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo I, p. 9.

humano, conducta o comportamiento que, dados los restantes elementos, engendra la obligación de reparar.

Sin embargo, aferrarse a dicho concepto, llevaría a excluir los hechos de la cosa como factores que puedan ocasionar el daño que debe resarcirse.

Mosset Iturraspe considera que «siempre», aunque sea de manera remota, hay acción humana, y que el hecho de la cosa es un «medio» entre esa acción y el efecto dañoso.

En ese sentido, Luis Moisset de Espanés[759] señala que el acto ilícito (que exige necesariamente la culpabilidad del agente) es solo uno de los factores que pueden originar la responsabilidad; pero, además, la ley por razones de solidaridad social pone a cargo del sujeto la obligación de responder en circunstancias que no provienen de su actuar ilícito (responsabilidad objetiva), cuando el daño ha sido causado por personas que están bajo la dependencia del responsable (supuesto ya analizado anteriormente), o por cosas de las que se sirve o saca provecho.

Pero, veamos en qué consiste la responsabilidad por daños a terceros causados por animales y cosas que se encuentran dentro del dominio del responsable o sujeto obligado a indemnizar.

Si bien la mayor parte de los daños causados por el hombre tienen como intermediario a las cosas (pues estas sirven como instrumentos dañinos en las manos de quienes dolosa, negligente y objetivamente causan un daño a otro),[760] existen situaciones donde las cosas parecen obrar de modo independiente y, por tanto, pueden ser verdaderos autores de un perjuicio, como por ejemplo en el caso de los animales (cosas animadas), seres vivos que muchas veces obran fuera del actuar humano y no como su simple instrumento.

[759] Moisset De Espanés, Luis. «El acto ilícito y la responsabilidad civil». *En La Responsabilidad.* Libro Homenaje a Isidoro H. Goldenberg. *Op. cit.*, p. 97.

[760] De Trazegnies Granda, Fernando. *Responsabilidad Extracontractual. Op. cit.*, tomo I, p. 423.

Como señala Fernando de Trazegnies, el daño se produce casi por una iniciativa de las cosas, aunque —agrega— dicha iniciativa debe tomarse en lenguaje figurado, porque si con ella queremos referirnos a autoría, solo el ser humano puede ser propiamente autor de un daño. Los eventos de daños de las cosas son aquellos en los que el carácter riesgoso de la cosa misma juega un papel tan importante que parece asumir el rol de causa propia del daño. Por tanto, concluye el referido autor, la responsabilidad de las cosas está presidida por la idea del riesgo implícito, que llega a ser tan alto que se presenta como independiente del acto humano.

En lo que respecta a las cosas animadas, ya en la antigüedad se advertía la peligrosidad de estas. En Roma, por ejemplo, se denominaba *pauperie* al perjuicio causado por los semovientes, por cuanto estos carecían de razón y no podían haberlo provocado por *iniuria.*

Según informa la doctrina, en esos tiempos se exigía la concurrencia de varios requisitos: la lesión debía causarla un cuadrúpedo, debía tratarse de un animal doméstico y el hecho debía ser contrario a las costumbres de la especie; pero, aunque las leyes hablaban de cuadrúpedos solamente, cuando el daño había sido ocasionado por otra especie se daba una acción útil para perseguir la indemnización. En tales condiciones, y atendiendo a que el dueño estaba obligado a vigilar y cuidar de las bestias para que nadie sufriese sus ataques, la Ley de las XII Tablas concedía contra aquel y a favor de la víctima, la *actio pauperis* de carácter noxal: el demandado tenía la facultad de abandonar el animal al perjudicado o pagarle la respectiva indemnización. Desde otro punto de vista, tal acción tenía un carácter real, tanto porque solo podía dirigirse contra el propietario del animal en el mo-

mento de ejercitarse la acción, aunque otro hubiese sido el titular al tiempo de producirse el daño, cuanto porque ella se extinguía con la muerte del animal, si esta se producía antes de que se hubiese intentado la acción.

Posteriormente se concedió la *actio de pastu pecorum* (por los daños ocasionados por animales que pastaban en terreno ajeno o en la vía pública). Con esta acción se obtenía una indemnización duplicada, puesto que la responsabilidad era mayor por el hecho de haber dejado a los animales en libertad en lugares frecuentados por otras personas.

Asimismo —según viéramos al tratar sobre la evolución de la responsabilidad civil—, los romanos distinguían claramente el caso de la *iniuria* cometida por el propio ser irracional, que hiere llevado por sus impulsos ingénitos, y la *iniuria* producida por una persona libre o su esclavo, al azuzar al animal, con la que se daba la *actio legis aquiliae* directa contra el *sui iuris* y noxal contra el *dominus* del siervo.

Las Leyes de las Partidas adoptaron el mismo régimen que los romanos, con ligeras modificaciones; pero cuando se trataba de una bestia brava, se la debía custodiar muy especialmente, bajo pena de abonarse el doble en caso de generarse alguna lesión.[761]

Federico Puig Peña,[762] comentando el Código Civil Español, describe que según dicha codificación, existen dos supuestos diferentes de responsabilidad por daños causados por los animales: el de los animales en general (artículo 1905) y el de los animales de caza (artículo 1906).

---

[761] A mayor abundamiento sobre la evolución histórica de la responsabilidad derivada de las cosas animadas, revisar Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 816 y 817; y De Trazegnies Granda, Fernando. *Responsabilidad Extracontractual. Op. cit.*, tomo I, pp. 423-433.

[762] Puig Peña, Federico. *Op. cit.*, vol. II, tomo III, pp. 1181-1184.

En el primer supuesto, el poseedor de un animal o el que se sirve de él es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe.

A decir del propio Puig Peña, la norma habla de «animal», sin hacer distinción respecto de los mismos, por lo cual deberán comprenderse en el precepto animales de cualquier clase, excepto los de caza, que son objeto de disposición independiente.

En cuanto a las personas responsables, anota el citado autor que la ley hace una descripción alternativa, pues se refiere al «poseedor» o al «que se sirve de él». La primera evidencia es más objetiva que la segunda —dice Puig Peña—, dado que en el «servirse» sí puede funcionar la presunción de culpa de que antes se habló. De todas formas, la responsabilidad no es acumulativa. La expresión «servirse» hay que utilizarla en su sentido propio, y así, el criado que se sirve del animal no será responsable, sino el patrono poseedor o el que tenga efectivamente el disfrute.

Finalmente, en torno de este primer supuesto, destaca Puig que la carga de la prueba de la ruptura del nexo causal corresponde al poseedor o persona que utiliza al animal, pues se trata de un hecho extintivo del derecho que se intenta hacer valer contra él.

El segundo supuesto, por su parte, precisa que el propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por los animales que allí se encuentren, en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirlos.

Para Puig Peña, los supuestos de esta responsabilidad son los que se mencionan seguidamente:

(a) Que se trate de una heredad de caza, en el sentido amplio que es entendido por la jurisprudencia.

(b) Que sean los animales de esa heredad los que hayan causado el daño en las fincas vecinas, cuestión que quedará sometida a las reglas generales sobre la prueba.

(c) Que el propietario desarrolle una actividad culposa por acción (dificultando la acción de los dueños del predio vecino para perseguirlos) o por omisión (no haciendo lo necesario para impedir la multiplicación de aquellos). Es preciso pues —dice Puig Peña—, en este supuesto especial, un presupuesto de culpabilidad. La ley parte de que la caza existe y tiene que existir, y en sus proporciones normales; es decir, si no se aumenta deliberadamente por el propietario, tienen los vecinos que sufrir los perjuicios naturales que se deriven de esa vecindad, siempre que no exista la culpa general del propietario Ahora, si se multiplica o si no se pone coto o si tozudamente se dificulta la acción de los vecinos para perseguirla, entonces su conducta es ya reprochable. Por lo demás, el referido autor finaliza anotando que aun cuando la ley habla solo de propietario, parece que la responsabilidad debe desplazarse de él, si cede a un tercero el derecho de cazar y este introduce animales, impulsa su multiplicación y obstaculiza a los vecinos el derecho de extinguirla.

El Código Civil Peruano de 1984, por su parte, se refiere a la responsabilidad por daño de las cosas animadas o responsabilidad noxal, en el artículo 1979,[763] según el cual el dueño del animal, o quien lo tenga bajo su cuidado, debe reparar el daño causado por aquel, aunque

[763] El texto del citado artículo es el siguiente:
Artículo 1979.- «El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero».

se haya perdido o extraviado. Asimismo, la norma prescribe que no hay responsabilidad si el evento tuvo lugar por obra de un tercero.[764]

En torno al supuesto contemplado en el numeral 1979, antes citado, creemos conveniente exponer la interesante apreciación que al respecto hace Fernando de Trazegnies.

El referido autor sostiene que el Código Peruano debe considerar al animal —por principio— como bien riesgoso o peligroso; consecuentemente, la responsabilidad derivada de daños causados por animales debe ser objetiva. Dentro de tal responsabilidad objetiva —dice el profesor peruano—, el legislador de 1984 quiso establecer un régimen especial.

Para el citado autor, la relación de causalidad es tratada de manera muy especial en esta responsabilidad, ya que, de un lado, es difícil decir que el responsable es un «causante» del daño; y, de otro lado, las excepciones de responsabilidad basadas en la ruptura del nexo causal no operan de la misma forma que en los demás casos de responsabilidad objetiva.

Los daños causados por animales —anota De Trazegnies— dan lugar a uno de esos casos en los que aparentemente hay responsabilidad sin que exista detrás de ella no solo un culpable sino ni siquiera un causante propiamente dicho.

La regla hace responsable al propietario del animal o a aquel que lo tiene a su cuidado, aunque ese animal que cometa el daño se hubiera perdido o extraviado.

[764] José León Barandiarán, comentando el artículo 1979 del Código Civil de 1984, señala que aunque la ley no lo diga, igualmente es irresponsable el dueño del animal o quien tenga su guarda si el daño tuvo lugar por causa de la imprudencia de la víctima. También hay irresponsabilidad si la producción del daño fue consecuencia de fuerza mayor. (León Barandiarán, José. *Responsabilidad Extracontractual. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Op. cit.*, tomo VI, p. 805).

Según De Trazegnies, la lectura del artículo comentado nos permite ver que la relación de causalidad que se podría invocar —referente a la existencia de una *culpa in vigilando* del propietario al no tomar las precauciones adecuadas para que ese animal no se extravíe o se pierda—, subyacente a la de culpabilidad, no es relevante en este caso: no es que ese propietario responda solo cuando tiene culpa en el extravío o pérdida, sino que responde siempre, independientemente de toda culpa. Pues como el Código de 1984 no menciona en el precepto la culpa, el autor citado concluye en que, haya o no haya culpa en la «pérdida o extravío» del animal, la responsabilidad existe.

Por consiguiente —acota De Trazegnies—, si el único lazo causal entre el daño cometido por el animal y el propietario del mismo estaba dado por la culpa y si esta culpa ya no es necesaria en el Código de 1984, estamos ante una responsabilidad sin culpa y sin causa. El propietario responde no porque sea culpable ni porque sea causante, sino porque la ley lo obliga.

Por otro lado, sostiene el referido profesor que el artículo 1979 crea también un régimen especial, exonerando de la reparación solo al que «pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero».

Por consiguiente, según De Trazegnies, las personas señaladas por la ley como responsables, responden aun cuando intervengan otras causas que también rompen el más hipotético nexo causal: el caso fortuito y el hecho o imprudencia de la víctima. Como puede apreciarse —dice De Trazegnies—, el legislador ha querido que siempre hubiera un responsable y por ello solo exonera a los responsables *prima facie* (el dueño del animal o el que lo tiene a su cuidado) cuando es posible encontrar alguien distinto que pagará por los daños: un tercero. Pero si se trata de un caso fortuito, en el que nadie estaría obligado a pagar, el Código no reconoce su valor eximente y quiere que de todas maneras ese dueño o ese guardador del animal asuman los riesgos correspondientes.

Sin duda alguna, la apreciación de De Trazegnies resulta sumamente interesante y atractiva, sobre todo para quienes tratan de ubicar y justificar los daños causados por las cosas animadas (como en muchos otros casos), a un «régimen particular de responsabilidad objetiva».

No obstante, la primera observación que se haría a dicho postulado parte del carácter mismo del referido artículo 1979, pues esta es una norma imperativa-preceptiva, y como tal no solo determina una conducta, sino además encierra principios de orden público contra los cuales no juegan la autonomía de la voluntad ni interpretaciones veleidosas o «versátiles».

En ese sentido, resultaría además de injusto, improcedente querer imputar responsabilidad independientemente de toda culpa, más aún cuando la propia norma no precisa dicha situación.

Asimismo, debe tenerse en cuenta no solo la circunstancia prevista en el numeral 1979, referente al obrar de un tercero como eximente de esta responsabilidad, sino también las otras dispensas contempladas en los artículos 1971 y 1973[765] y principalmente el principio general que rige la responsabilidad extracontractual en el artículo 1969 del Código Civil: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo [...]».

---

[765] El texto de los mencionados artículos es el siguiente:
Artículo 1971.- «No hay responsabilidad en los siguientes casos:
1 En el ejercicio regular de un derecho.
2 En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro».
Artículo 1973.- «Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias».

De otro lado, según interpretación de la propia norma peruana, la responsabilidad por daños causados por animales puede pesar sobre tres diferentes sujetos: el dueño de animal, quien lo tiene a su cuidado o guardián y el tercero que lo perturbe o excite.

En primer término, como la norma se refiere al dueño del animal —o a aquel que lo tiene a su cuidado— se precisa que dicha expresión tiene carácter disyuntivo y denota alternativa: el dueño o el que lo tiene a su cuidado, pero no los dos a la vez.

Esta interpretación, señala la doctrina nacional, se encuentra reforzada por el uso del verbo singular «debe» reparar (uno u otro) y no «deben» reparar (ambos). Esto significa que si el animal está bajo el cuidado del propietario, responde este; en cambio, si está bajo el cuidado de un guardián, responde tal guardián.

En torno a la responsabilidad de un tercero que perturba o excita al animal, Cazeaux y Trigo Represas[766] expresan que dicha circunstancia no es más que una mera aplicación del principio genérico de la responsabilidad por el hecho personal, puesto que en el caso contemplado el daño ya no es consecuencia de la culpa o negligencia del propietario o guardián del animal, sino del hecho doloso o culposo del tercero que lo perturbó o excitó. Pero se considera, sostienen los citados profesores, que no exime de responsabilidad al dueño del animal, la circunstancia de haber sido perturbado o excitado como consecuencia de un hecho común de la vida moderna; tal como sucede, verbigracia, por el ruido producido por el paso de un camión o de un autorriel, etc.

Por otra parte, debemos precisar que el supuesto final de responsabilidad extracontractual es el referido a los daños causados por las

[766] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 821.

cosas inanimadas, es decir, tanto las cosas inmuebles como muebles, ya sean sólidas, líquidas, fluidas o gaseosas.

Cabe recalcar, sin embargo, que no todas las cosas han merecido tratamiento para este tipo de responsabilidad. Atendiendo a razones tradicionales o modernas, el legislador de 1984 ha otorgado particular atención a determinadas cosas dentro de esta clase de responsabilidad extracontractual. Así, se contemplan dos supuestos: el de las cosas riesgosas o peligrosas y el de los edificios que ocasionan daños con su eventual caída.

Por ello el artículo 1970 del Código Civil Peruano de 1984 prescribe lo siguiente: «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».

Mientras que el numeral 1980 del mismo cuerpo legislativo dispone que: «El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido por falta de conservación o de construcción».

En ese sentido, se puede decir que el Código Civil Peruano acepta la distinción entre el daño causado «con la cosa» y «por la cosa» (por su vicio, riesgo o peligrosidad). Creemos que el distingo se basa en el propósito de establecer las distintas causas exculpatorias o excluyentes de la responsabilidad del propietario (o incluso guardián) de la cosa, contra quien pesa siempre o en casi todos los casos, una presunción de culpa.

Analicemos cada uno de ellos.

(a) Las cosas riesgosas o peligrosas

Según informan Cazeaux y Trigo Represas,[767] fue Georges Ripert quien desempeñó un papel preponderante en la elaboración de este criterio.

Ripert sostuvo que para determinar si una cosa era o no peligrosa, había que catalogar la frecuencia con que la misma deviene en causa posible de accidentes; o recurrir a la opinión general que los hombres se forman de los peligros de la cosa.

El citado profesor francés precisó que son caracteres de las cosas peligrosas los siguientes:

- Estar movidas por una fuerza de la que no tenga el hombre control absoluto.
- Al ser puestas en movimiento por la fuerza humana, desarrollan y multiplican su potencia.
- No resultan riesgosas sino por la fuerza de la gravedad y puede que sean puestas en situación tal que dicha fuerza las arrastre y pueda tornarlas peligrosas.

Aunque el sistema de la peligrosidad fue rechazado en definitiva por la legislación francesa, tuvo, sin embargo, acogida en varias otras legislaciones. Así, por ejemplo, la Cámara del Exchequer inglés (1868), a partir del caso «Rylands c/ Fletcher», resolvió lo siguiente:

> [...] Creemos que la verdadera norma legal es la de que si una persona introduce, conserva o mantiene en su propiedad para uso propio, cualquier cosa susceptible de producir un daño, si se escapa debe hacerlo a su propio riesgo y si no lo hace es *prima facie* responsable por el daño que sea una consecuencia natural de su escape.

[767] *Ibidem*, pp. 835-837.

Dicha posición jurisprudencial fue luego modificada por la Cámara de los Lores, en el sentido de que el principio solo se aplica al «uso no natural» de la propiedad, distinguiéndose así de «cualquier fin para el cual podría usarse en el curso ordinario del goce de la propiedad».

Señalan Cazeaux y Trigo Represas que este criterio fue luego acogido por el *Restatement* del Derecho de *torts*, pero limitándolo a las actividades muy peligrosas del demandado, que son aquellas que necesariamente comprenden un riesgo de daño serio a la persona, muebles o inmuebles de otros, que no pueden evitarse aun adoptando el mayor de los cuidados y que no son materia de uso común; en estos casos, la carga de la prueba se encuentra investida en el demandado o agente y responderá de aquellas consecuencias del extraordinario riesgo creado.

Para los citados profesores argentinos, este criterio no puede aceptarse, puesto que si nos atenemos a la naturaleza intrínseca de las cosas, ninguna es en sí misma peligrosa o inofensiva; según las circunstancias del caso: un fusil descargado o un automóvil estacionado no son peligrosos, aunque puedan serlo y mucho, si el fusil estuviese cargado o el automóvil en marcha a elevada velocidad; y a la inversa, cosas que no revisten ninguna peligrosidad especial y que parecen completamente inofensivas, como una silla o un tiesto de flores, son susceptibles de causar daño, si la primera está rota sin parecerlo y se vence al sentarse alguien en ella, o si la maceta ha sido puesta en un balcón de tal forma que pueda caer a la vereda y lesionar a algún transeúnte.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la norma peruana (el artículo 1970), se limita a señalar que esto contiene el su-

puesto de responsabilidad por riesgo, en el que ante la producción de un daño, no es necesario determinar la culpa o dolo del agente, existiendo una especie de «culpa virtual» en dicho agente, por el hecho de la utilización de la cosa riesgosa o del ejercicio de la actividad peligrosa:

> Funciona aquí el principio de *cujus commodum est, ejus est periculum*. Los cambios en la vida social, el vivir peligrosamente como decía Neitzche, ha llevado a la sociedad a crear este tipo de responsabilidad diferente a la subjetiva por lo antes indicado, de que no se requiere dolo o culpa, y diferente de la responsabilidad objetiva, pues no se trata de todos los casos en que se produce daño, sino sólo de algunos en que se emplea un instrumento o un quehacer que en sí es riesgoso o peligroso; pudiendo darse el caso de que dentro de la evolución humana aparezcan nuevos supuestos riesgosos o peligrosos, por ejemplo, el uso de la energía nuclear.[768]

Asimismo, consideramos ilustrativa la interpretación de Fernando de Trazegnies en torno al tema de las cosas peligrosas.

Según el profesor peruano, el artículo 1970 crea la responsabilidad objetiva por riesgo. Dicha norma, a decir del citado autor, menciona como condicionante de tal responsabilidad no solamente a las actividades riesgosas, sino también a los bienes riesgosos. En ese sentido, se cuestiona lo siguiente: ¿significa esto que el Código ha aceptado que existe una responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas inanimadas que recae sobre los propietarios de estas, más allá de la clásica responsabilidad del propietario por la caída del edificio?

[768] León Barandiarán, José. *Responsabilidad Extracontractual. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Op. cit.*, tomo VI, pp. 800 y 801.

Expresa De Trazegnies que el Código de 1936 no contenía disposición alguna que pudiera ser interpretada en el sentido de derivar una responsabilidad de la simple propiedad de la cosa inanimada, riesgosa o no. Sin embargo, en muchas Ejecutorias se hace mención a una «responsabilidad del propietario», particularmente en lo relativo a daños con vehículos.[769]

En lo que respecta al Código de 1984, considera De Trazegnies que la situación no es clara, por cuanto existe ambigüedad en el texto legal y la decisión queda en manos de la jurisprudencia.

De un lado, señala, podría decirse que la expresión que utiliza el Código en el artículo 1970: «Aquél que mediante un bien riesgoso o peligroso [...]», se refiere directamente al que comete el daño. Él «aquél», anota De Trazegnies, sería el causante directo que «usó» el bien y produjo el daño; el propietario estaría excluido. Sin embargo, apunta, podría afirmarse válidamente, a juzgar por el mero texto de la norma, que el propietario también causa el daño (en el sentido jurídico y no físico de causalidad) al entregar el bien a un tercero para su uso. De esta manera, si una persona alquila su automóvil a otra y esta última atropella a alguien, tanto el que usaba el vehículo como el propietario serían responsables.

En realidad, según el citado autor, el causante puede ser:

(a) El mismo propietario de la cosa, en cuyo caso este será responsable como causante directo.

[769] Al respecto, véase los ejemplos expuestos por el autor en su obra: *Responsabilidad Extracontractual. Op. cit.*, tomo I, pp. 455-458.

(b) Un dependiente del propietario actuando en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo, en cuyo caso el propietario responde en tanto empleador, en virtud del artículo 1981.

(c) Un tercero no dependiente, el mismo que puede ser una persona que ha recibido el bien del propietario en virtud de cualquier título legal: un arrendatario, un comodatario (que a su vez puede ser el propio servidor fuera de horas de servicio), etc., o una persona que está usando el bien indebidamente (el caso típico de un ladrón).

Según De Trazegnies, es en esta situación donde nos encontramos ante un problema de interpretación del artículo 1970, ya que los supuestos anteriores tienen solución mediante la aplicación de otras normas, pero ¿es esta?

El citado autor analiza la hipótesis de la siguiente manera:

> Si aceptamos la tesis de que el propietario es responsable, pueden presentarse dos situaciones dentro del Código de 1984. Si se tratara de un bien cualquiera (no riesgoso), el propietario sólo respondería si no puede probar que no tuvo *culpa in custodiando* (caso de que abandone descuidadamente un objeto de por sí no peligroso en un lugar riesgoso: un ladrillo colocado en un lugar inestable del techo de un edificio, de manera que cualquier cosa lo puede hacer caer y herir a un peatón) o *culpa in eligendo* (caso de que entregue un bien no necesariamente riesgoso a quien no está capacitado para usarlo adecuadamente: la entrega a un ignorante en carpintería de un mueble valioso perteneciente a un tercero para que lo repare, lo que ocasiona la destrucción de la obra de arte) o *culpa in vigilando* (falta de vigilancia a un niño sentado al lado de la ventana, con la posibilidad de que arroje un juguete sobre un transeúnte y le cause daño). Pero si se tratara de un bien riesgoso o peligroso, el propietario no podría liberarse de la responsabilidad probando su ausencia de culpa porque ésta tendría carácter objetivo: por ejemplo, alguien deja un vehículo correctamente estacionado y con frenos en una pendiente; pero, debido a que los frenos fallan o por cualquier otra circunstancia desconocida, el vehículo se desliza calle abajo y atropella a una niña.
>
> [...]
>
> Sin embargo, decíamos que es importante, desde la perspectiva propuesta, que el propietario sea responsable porque —y sólo porque— está en mejor aptitud de contratar un seguro y no simplemente en razón de ser propietario.
>
> En consecuencia, aun si admitiéramos una responsabilidad objetiva del propietario de un bien riesgoso con el que se ha causado daño, ésta no podría existir cuando el propietario no estaba en posibilidad de asegurarse, porque en la realidad ya no era propietario: el solo hecho de ser formalmente propietario no lo hace 'culpable' ni lo obliga a asumir daños de otro [...].[770]

Hasta aquí las apreciaciones de De Trazegnies en torno a la responsabilidad por cosas riesgosas o peligrosas.

No compartimos el criterio de Fernando de Trazegnies, en el extremo que indica que dicho supuesto crea «la responsabilidad objetiva por riesgo» y que «el propietario sólo es responsable porque está en mejor aptitud de contratar un seguro y no simplemente porque es propietario». Claro está que, tomando las expresiones de De Trazegnies, «el solo hecho de ser formalmente propietario no lo hace culpable ni lo obliga a asumir

[770] A mayor abundamiento del punto, véase De Trazegnies Granda, Fernando. *Responsabilidad Extracontractual. Op. cit.*, tomo I, pp. 455-463.

daños de otro», pues el criterio adoptado por el Código de 1984 radica precisamente en reconocer la existencia de un conjunto de «cosas» que se utilizan y se mueven accionadas por el hombre, que se constituyen en causas de innumerables perjuicios para terceros e incluso para las mismas personas que las emplean.

Aun cuando resultan válidas las observaciones hechas por el profesor nacional, sobre todo en lo concerniente al tercero no dependiente como causante del daño, no creemos que la esencia de esta responsabilidad sea el carácter objetivo, pues el Código de 1984, al regular el tema de la responsabilidad extracontractual y considerar para dicha regulación el criterio de la responsabilidad por cosas riesgosas o actividades peligrosas, no solo tuvo en cuenta los numerosos casos que se pueden presentar, sino además y sobre todo, está el criterio netamente subjetivo que se imprime con la presunción de culpa y dolo, según disposición del artículo 1969, con la salvedad contemplada en el numeral 1972 del mismo cuerpo legislativo para el caso específico de las cosas riesgosas o peligrosas.

(b) De la caída de los edificios

Este supuesto de responsabilidad, previsto por el artículo 1980 del Código Peruano, se refiere específicamente a la obligación de reparar que está a cargo del dueño de un edificio cuya caída origine daños a terceros.

La norma precisa que dicha caída debe producirse por la falta de conservación o de construcción. Ambos supuestos implican, pues, una falta *in custodiando* que recae en el propietario del edificio, no solo en cuanto a su obligación de impedir o aminorar la depreciación natural del bien, sino también por recibir este en un estado que puede dar lugar a su caída, es decir,

una falta de diligencia al recibir el edificio o la casa, sin que antes se hagan las reparaciones para evitar dicha caída.

La doctrina nacional es unánime al considerar que, fuera de las causales indicadas en el artículo 1980 —referente a que la caída, total o parcial del bien, tiene que obedecer a falta de conservación o a vicio de construcción—, no hay otra que haga responsable al dueño del edificio por la caída de este; por ejemplo, un terremoto.

Dentro de tal orden de ideas puede entonces concluirse —no solo porque así lo ha dejado establecido José León Barandiarán, sino también a tenor de los citados artículos 1969 y 1970— que el Código Civil de 1984 optó como criterios informantes de la responsabilidad extracontractual, el de la responsabilidad subjetiva y el de la responsabilidad por riesgo.[771]

---

[771] Al respecto, Fernando Vidal Ramírez recuerda que el tema de la responsabilidad extracontractual tuvo como ponente ante la Comisión Reformadora al Doctor Fernando de Trazegnies Granda y, finalmente, ante la Comisión Revisora al Doctor José León Barandiarán.
«El Anteproyecto de De Trazegnies dio acogida al sistema según el cual se orientaba a la distribución social de los riesgos individuales y a propugnar la creación de un seguro obligatorio.
La Comisión Revisora de León Barandiarán no aceptó el principio general propuesto por la Reformadora y, en el artículo 1927 de su proyecto, desestimó el criterio de la difusión social del riesgo y la propugnación del seguro obligatorio, adoptando el sistema de la responsabilidad objetiva sin alternativa alguna: Aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo.
Ante las críticas al Proyecto de la Comisión Revisora, que ya estaba sometido al debate nacional, y a las discrepancias surgidas con la Comisión Reformadora, se decidió por la dirimencia de José León Barandiarán, quien propuso la norma que a la postre es el principio general adoptado por el Código Civil en su artículo 1969. El sistema subjetivo adoptado, lo comparte el Código con el de la responsabilidad por riesgo al que da contenido el artículo 1970.
La propuesta de León Barandiarán fue consecuente con la posición que había asumido en sus comentarios al Código Civil de 1936 en cuanto a fundar la responsabilidad

21. Nuestra posición en torno a los regímenes de responsabilidad civil

Si hay una materia que en el Derecho de nuestros días suscita controversias, muchas veces no pacíficas, es la concerniente a los regímenes de la responsabilidad civil.

Como sabemos, una considerable corriente de la doctrina aconseja unificar las responsabilidades en una sola. Y ello, en principio, parecería lógico, por cuanto si bien las obligaciones nacen de diversas fuentes, en tanto contengan los requisitos que las ubican dentro del concepto (esto es prestación, vínculo jurídico, carácter patrimonial y causa), su fuente resultaría irrelevante. Se trataría en todos los casos de obligaciones civiles.

---

extracontractual en el sistema subjetivo o de la culpa y precisar la idea de la responsabilidad por riesgo, distinguiéndola de la responsabilidad objetiva. Esta no requiere de la culpa, a la que considera un elemento intrascendente, bastando la presencia del daño para determinar la responsabilidad y que la indemnización le sea exigible a quien por sus hechos lo haya causado, requiriéndose, tan solo, de un nexo causal entre el actuar y el resultado dañoso. La responsabilidad fundada en la culpa requiere, además del nexo causal, de la imputabilidad del agente del daño.

En cuanto a la responsabilidad por riesgo, León Barandiarán explicó que frente a la concepción subjetiva extrema (que requiere culpa en todo caso), puede haber la concepción objetiva extrema (que prescinde de la culpa en todo caso) y una tesis intermedia conforme a la cual es necesaria la culpa pero que ella en algunos casos es irrelevante. León Barandiarán fue enfático en la distinción de la responsabilidad por riesgo de la responsabilidad por culpa y de la objetiva: aquella es, como bien lo precisó el maestro, un sistema distinto e inconfundible con los otros dos. Y, así, consecuente con la posición asumida en la exégesis del Código de 1936, León elevó a la Comisión Revisora los dos sistemas que consideraba adecuados a los requerimientos de una sociedad como la nuestra, pero haciendo prevalecer el de la culpa.

El sistema adoptado por el Código Civil de 1984 es, pues, el de la responsabilidad subjetiva y el de la responsabilidad por riesgo como complemento necesario. Pero el sistema propuesto como el informante es, en lo fundamental, el subjetivo [...]» (Vidal Ramírez, Fernando. «La Responsabilidad Extracontractual. El sistema adoptado por el Código Civil de 1984». *Revista del Foro*, año LXXVI, n.º 1, Lima, enero-junio de 1989, pp. 87-91).

Al iniciar el desarrollo de este tema, con la denominada responsabilidad precontractual, se precisó que su naturaleza jurídica se encuentra en la responsabilidad extracontractual, por cuanto —según indicáramos— los daños derivados de la ruptura intempestiva de las negociaciones recaen precisamente en una esfera que, en ningún caso, podría considerarse propiamente contractual. En estos supuestos, lo único que existe es un intercambio de palabras entre las eventuales partes o tratativas que se verían frustradas en cuanto a su finalidad (la celebración del contrato), por contravención de una de las eventuales futuras partes a los principios de buena fe y común intención en las negociaciones, así como al deber genérico de no causar daño a otro.

Sobre la base de esa y de las demás consideraciones anteriormente expuestas, el siguiente análisis parte de la premisa que son dos los sistemas de responsabilidad civil: el contractual y el extracontractual.

21.1. Semejanzas y diferencias

Luego de estudiar las opiniones de destacados profesores en torno a dichas categorías de responsabilidad, así como la *ratio legis* de nuestro ordenamiento legal, se plantea la siguiente relación de aspectos y efectos más relevantes que se desprenden de esos sistemas, a fin de que en virtud de sus diferencias o semejanzas podamos determinar si conviene mantener dicha dualidad, o si, por el contrario, resultase necesario optar por la unificación de ambas responsabilidades:

21.1.1. En cuanto al origen del resarcimiento

El deudor, en la responsabilidad contractual, solo está obligado a indemnizar cuando incumple la obligación por dolo o culpa, salvo que haya asumido las consecuencias de la ausencia de culpa.

En la responsabilidad extracontractual, en cambio, existe un criterio distinto. En los actos ilícitos se toma en cuenta la existencia del daño, esto es, el desequilibrio con virtualidad jurídica suficiente para

imponer al agente el deber de la reparación. En la responsabilidad extracontractual operan, para efectos indemnizatorios, el dolo y la culpa, y adicionalmente el riesgo creado, concepto —este último— ajeno a la responsabilidad contractual.

Dentro de ese mismo criterio distintivo, Jorge Eugenio Castañeda[772] y Gustavo Palacio Pimentel[773] señalan que la responsabilidad contractual se origina en un contrato, en un vínculo jurídico anterior; mientras que la extracontractual tiene su origen en la ley, no reconociendo vínculo jurídico anterior.

21.1.2. Magnitud del resarcimiento en cuanto a la causa que origina el daño

En la responsabilidad contractual, el deudor que incurre en culpa leve solo responde de los daños y perjuicios que podían preverse al momento de constituir la obligación. El deudor que incumple la obligación por culpa inexcusable o dolo responde tanto de los daños y perjuicios previsibles como de aquellos imprevisibles.

En la responsabilidad extracontractual el victimario responde de los daños y perjuicios previsibles e imprevisibles, estando siempre obligado, por tanto, a la reparación integral.

La ley peruana, como la mayoría de legislaciones, no distingue, en la responsabilidad por acto ilícito, entre la indemnización de los daños y perjuicios previsibles e imprevisibles.

Sobre el particular, Malaurie y Aynés[774] señalan que la reparación del daño imprevisible solo existe en materia delictual.

[772] Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo II, p. 75.
[773] Palacio Pimentel, Gustavo. *Op. cit.*, tomo I, p. 489.
[774] Malaurie, Philippe y Laurent Aynés. *Op. cit.*, p. 483.

Por su parte, Demogue[775] recuerda que se ha dicho que en las obligaciones «delictivas» se tenía en cuenta incluso la falta más leve, aplicando el adagio: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*; y que, por el contrario, en los contratos se debía tener una falta de cierta gravedad. Sin embargo, Demogue sostiene que la norma *in lege Aquilia* era inexacta y no veía una razón para no oponerla a ambas responsabilidades.

Rezzonico,[776] refiriéndose a las diferencias existentes entre la culpa contractual y la extracontractual o delictual y cuasi delictual o aquiliana, anota que aparte de la clasificación tripartita clásica existe también una clasificación dual de la culpa, que ha estado en boga en la doctrina francesa desde hace muchas décadas, y que es sostenida por Huc y Colin y Capitant, entre otros, y admitida por el Código Civil Argentino.

Se trata, según Rezzonico, de distinguir entre culpa contractual y culpa delictual, extracontractual o aquiliana. Se entiende por culpa contractual la que se comete con ocasión del incumplimiento de un contrato de compraventa, locación de cosas, servicios u obra, depósito, sociedad, etc., y consiste en violar una obligación convencional, mientras que la culpa extracontractual, delictual o aquiliana es «un hecho u omisión culpable (cuasidelito) o dolosa (delito), productivo de obligaciones, que ocurre entre dos o más personas jurídicamente extrañas una a otra». Como ejemplo, el citado profesor propone el de un accidente de tránsito causado por culpa de un chofer, caso en el cual también responde su patrón.

Recuerda que «por culpa extracontractual —dijo la Cámara Nacional Civil de la Capital Argentina en fallo publicado en *La Ley* el

[775] Demogue, René. *Op. cit.*, tomo V, p. 527.
[776] Rezzonico, Luis María. *Op. cit.*, vol. I, pp. 152 y 153.

31 de diciembre de 1954, NQ 36.162— debe entenderse la violación del derecho ajeno, cometida por negligencia del agente, fuera de toda relación convencional y que trae como consecuencia para el mismo la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado», siendo esta la definición que adopta Alfredo Colmo.

21.1.3. En lo referente a las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad

En la ley peruana las cláusulas o convenios de exoneración o limitación de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable son nulos, tanto en las obligaciones contractuales como en la responsabilidad extracontractual (artículos 1328 y 1986 del Código Civil, respectivamente).

Sin embargo, si bien ambas normas admiten los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad derivada de culpa leve, si se trata de un pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o los terceros de quienes este se valga para el cumplimiento de la obligación, violen obligaciones derivadas de normas de orden público (argumento del segundo párrafo del artículo 1328), dicho pacto sería nulo. No existe norma similar en la responsabilidad extracontractual, pero a tenor del artículo 219, inciso 8, que remite al artículo V del Título Preliminar del Código Civil, ese acto jurídico también sería nulo.

La antigua doctrina francesa no percibía ninguna distinción entre las dos categorías de responsabilidad con respecto de las cláusulas o convenios de exoneración, pues, según precisan los autores, las exoneraciones convencionales plantean las mismas dificultades en los dos casos.

21.1.4. En cuanto a la naturaleza de la prestación resarcitoria

La indemnización de daños y perjuicios por inejecución de obligaciones contractuales usualmente consiste en una suma de dinero, pero

nada se opone a que en una eventual cláusula penal se pacte cualquier otra prestación de dar, o prestaciones de hacer o de no hacer, para los efectos del resarcimiento.

La reparación por responsabilidad extracontractual, en la legislación peruana, está siempre constituida por dinero.

No obstante lo señalado, anotamos que no existe inconveniente para que, luego de producido el daño, tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual, acreedor y deudor convengan en celebrar una dación en pago o una novación objetiva, a través de la cual acuerden que el resarcimiento se efectuará ya sea en moneda extranjera, en algún otro bien, o mediante cualquier prestación de hacer o de no hacer.

21.1.5. En cuanto a la reparación del daño moral y del daño a la persona

El daño moral es susceptible de ser reparado tanto en caso de haber sido ocasionado por responsabilidad contractual, como por responsabilidad extracontractual, en virtud de lo establecido por los artículos 1322 y 1984, respectivamente, del Código Civil Peruano.

Sin embargo, el artículo 1985 del Código, relativo a la responsabilidad extracontractual, al referirse a lo que comprende la indemnización, alude, entre otros conceptos, al daño a la persona y al daño moral. La responsabilidad contractual no se refiere a la reparación del daño a la persona, pero entendemos que nada impediría su resarcimiento.

21.1.6. En lo que respecta a la responsabilidad en las obligaciones solidarias

La solidaridad en las obligaciones contractuales, al menos como regla general, nunca se presume (artículo 1183 del Código Civil, norma

que señala expresamente que la solidaridad no se presume, y que solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa).

En cuanto a la solidaridad en el caso de responsabilidad contractual, el artículo 1195 del Código Civil establece que:

> El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida. El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento.

Al respecto, hemos expresado que la solidaridad, y especialmente la solidaridad pasiva, implica una forma de contraer la obligación que agrava la situación de los codeudores, de modo tal que esta característica, más allá de si su ejecución resulta posible o no, se trasladará a la indemnización por los daños y perjuicios que eventualmente se causen al acreedor o acreedores comunes, con la restricción de que los no culpables solo indemnizan solidariamente hasta por el íntegro del valor de la prestación incumplida, mientras que los culpables responden, también solidariamente, por el total de la indemnización debida. Empero, en las relaciones internas entre los codeudores, solo los culpables asumirán el íntegro de la indemnización.

En la responsabilidad extracontractual, si son varios los causantes del daño, todos ellos quedan obligados solidariamente por mandato de la ley (artículo 1983 del Código Civil). Dicha norma establece que, en estos casos, quien paga la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción en función a la gravedad de la falta de cada uno de los participantes, salvo que sea imposible determinar esta proporción, en cuyo caso la repartición se realiza por partes iguales.

21.1.7. En lo que respecta a la responsabilidad en las obligaciones indivisibles

En materia de responsabilidad contractual, las partes pueden encontrarse ante el eventual incumplimiento de una obligación indivisible, habida cuenta que la indivisibilidad puede provenir de la ley, de la naturaleza de la prestación (supuesto más frecuente), y de la forma cómo los contratantes se hayan obligado, ya que en virtud de la autonomía de la voluntad, tienen la potestad de tornar en indivisible aquello que por naturaleza es divisible.

El Código Civil Peruano regula en su artículo 1180 el caso del incumplimiento culposo o doloso de la obligación indivisible, no habiendo tratamiento al respecto para la responsabilidad extracontractual, en donde solo se aborda el tema antes analizado de la solidaridad.

El referido artículo 1180 establece que:

> La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda.

Respecto al análisis de esta norma, remitimos al lector al estudio del incumplimiento culposo o doloso de una obligación indivisible y/o solidaria que efectuamos oportunamente.[777]

21.1.8. En cuanto a los plazos prescriptorios

En lo relativo a la prescripción de las respectivas acciones, la ley peruana establece que la acción por daños y perjuicios derivada de la

[777] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones. Op. cit.*, Primera Parte, tomo III, pp. 169-189.

responsabilidad contractual prescribe a los diez años (artículo 2001, inciso 1 —por ser una acción personal—), mientras que la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años (artículo 2001, inciso 4).

Refiriéndose al Derecho Francés, Malaurie y Aynés[778] precisan que la duración de la prescripción no es la misma en los dos órdenes de responsabilidades. Incluso, muchas responsabilidades de determinados contratos especiales tienen un plazo prescriptorio más reducido que el del Derecho común.

De esta forma, por ejemplo, la garantía por los vicios ocultos a la que está obligado el vendedor debe ser invocada en «breve plazo» (artículo 1648, primer párrafo, del Código Francés). En el caso peruano, los plazos para plantear las acciones redhibitoria y estimatoria (artículos 1511 y 1513 del Código Civil) caducan a los tres meses, si se trata de bienes muebles, y a los seis, si fuesen inmuebles, computándose los mismos desde el momento de la recepción del bien.

Igualmente —señalan Malaurie y Aynés—, la responsabilidad que resulta del contrato de construcción se somete a un plazo de prueba de diez o de dos años, según se trate o no de elementos de equipamiento (artículo 2270 del Código Civil Francés, modificado por la ley del 4 de enero de 1978). Cabe recordar que en el caso peruano rigen la materia los artículos 1784 y 1785 del Código Civil.

21.1.9. La responsabilidad y la novación de las obligaciones

Relacionándose la cuestión de la unidad o de la dualidad de responsabilidades con la técnica, Demogue[779] expresa que es peligroso resolverla apoyándose en construcciones técnicas, pues a medida que estas se amontonan sobre las otras, aquellas se alejarán de sus bases comunes.

[778] Malaurie, Philippe y Laurent Aynés. *Op. cit.*, pp. 482 y 483.
[779] Demogue, René. *Op. cit.*, tomo V, pp. 526 y 527.

Refiere el famoso profesor francés, que se ha dicho en favor de la unidad de responsabilidades que después de una obligación contractual puede producirse una imposibilidad de ejecución por culpa del deudor, y la deuda llegar a extinguirse forzosamente por falta de objeto (argumento del artículo 1302 del Código Civil Francés). Entonces, nace de la ley otra obligación que está sometida al artículo 1382 de dicho Código.

Señala Demogue que esta construcción técnica le parece criticable, pues corresponde mal al hecho de que las garantías de la deuda primitiva fortalecen la deuda y, por tanto, la obligación de pago por daños y perjuicios en ejecución.[780]

Compartimos el criterio de Demogue en cuanto a que los tecnicismos exacerbados contribuyen poco o nada a dilucidar materias de índole sustancial. Más bien en muchas ocasiones, como en los ejemplos propuestos por este profesor, alejan a las instituciones de sus bases conceptuales.

Recuerda Demogue[781] que un sector de la doctrina estima que mientras la indemnización por acto ilícito deriva de la ley, la verdade-

[780] Demogue añade que la interpretación dada aquí al aludido artículo 1302 es inexacta. El precepto dice: Si el objeto del contrato llega a perecer, «la obligación se extingue si la cosa ha perecido o se ha perdido sin la culpa del deudor». Se concluye que la obligación no se extingue si la cosa pereció por culpa del deudor. Además, hay que reconocer que después de la extinción de la cosa, el crédito tiene un nuevo objeto: la indemnización, y esta presenta lazos tan estrechos con el crédito primitivo, que la construcción técnica que consiste en oponerlas, es de las más forzadas.
Así, estima Demogue que querer amontonar entonces sobre esta construcción técnica otra construcción abstracta, es obrar con un valor muy provisorio.
[781] Demogue, René. *Op. cit.*, tomo V, p. 529.

ra causa de la obligación de abono por daños y perjuicios contractuales reside en una cláusula tácita del deudor en la que acepta indemnizar al acreedor en caso de incumplimiento. Para Demogue —y nosotros coincidimos con esta apreciación—, la obligación de indemnizar es más que una cláusula tácita. Las partes fijan el contenido del contrato, pero la ley determina, por lo menos parcialmente, sus sanciones, las que no están plenamente a disposición de las partes, de donde surgen las controversias sobre las cláusulas de no responsabilidad.

Rezzonico[782] recuerda que sosteniendo la teoría de la pluralidad, dicen Baudry-Lacantinerie, Colin y Capitant, Huc y otros juristas, que la culpa contractual difiere de la extracontractual porque la culpa contractual supone una obligación concreta preexistente, contraída con anterioridad, mientras que la culpa delictual no solo tiene independencia de tal obligación preexistente, sino que ella misma es la fuente de una obligación nueva, es el hecho dañoso el que crea el vínculo obligacional. En otras palabras, la culpa derivada de acto ilícito es fuente de la obligación, mientras que la culpa contractual es simplemente efecto de la obligación.

Esta diferencia constituye, a nuestro entender, pieza fundamental de distinción entre un tipo de responsabilidad y el otro. Como se indicó, nuestro sistema recoge la dualidad o «pluralidad» de sistemas de responsabilidad, y conceptualmente su diferencia se basa en que la llamada responsabilidad contractual proviene de la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación preexistente, en tanto que la llamada responsabilidad extracontractual proviene de daños ocasionados por actos ilícitos, que es —en sí misma— una fuente de obligaciones.

[782] Rezzonico, Luis María. *Op. cit.*, vol. I, p. 153.

A decir de Max Arias-Schreiber Pezet,[783] interesa deslindar los alcances de una y otra responsabilidad. En tanto que desde el punto de vista genérico la responsabilidad contractual es consecuencia de una obligación preexistente que se incumple, la responsabilidad extracontractual es simple y llanamente la violación de un deber no obligacional.

En este punto resulta conveniente recordar, según lo expresáramos oportunamente,[784] que creemos en la existencia de la novación legal, la misma que puede revestir dos orígenes. Una primera opera de pleno derecho, en tanto que la otra opera en virtud de resolución judicial. En este último caso, la novación legal se produce por declaración judicial, cuando la extinción de la obligación originaria y la creación de la nueva que la sustituye emanan de una resolución de los Tribunales.

De una revisión efectuada en el Código Civil, logramos extraer trece supuestos representativos de esta clase de novación legal. Dos de ellos tienen directa relación con el tema de la responsabilidad civil.

El primero está referido a la indemnización de daños y perjuicios derivada de causa imputable al deudor. Estimamos que la obligación de pagar estos daños y perjuicios constituiría un supuesto de novación legal cuando todavía fuera posible el cumplimiento de la obligación.

De otro lado, conforme a lo previsto por el artículo 1337 del Código Civil, cuando por efecto de la mora del deudor la obligación deviniese en inútil para el acreedor, este puede rehusar su ejecución y exigir el pago de daños y perjuicios compensatorios; ello, en virtud de que la mora supone que el cumplimiento de la obligación todavía

[783] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, vol. II, p. 54.

[784] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre, *Op. cit.*, Tercera Parte, tomo VIII, pp. 293-319.

resulta posible. Dentro de tal orden de ideas, si por efectos de la mora la prestación fuese inútil para el acreedor, se podrían aplicar las referidas consecuencias. En este caso, la indemnización de daños y perjuicios constituiría una novación judicial de la obligación originaria, la misma que no habría devenido en imposible, sino en inútil para el acreedor.

De igual modo, es necesario establecer que si el acreedor, aún siendo posible y útil la prestación, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios en sustitución de la obligación originaria, igualmente se estaría produciendo un supuesto de novación.

El segundo caso de novación legal que opera por resolución judicial, relacionado con el tema que nos ocupa, es el de la indemnización equitativa en caso de daño causado por persona incapaz.

Debe recordarse que de acuerdo con lo establecido por el artículo 1976 del Código Civil no existe responsabilidad por el daño que haya sido causado por una persona incapaz que hubiera actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

No obstante ello, el artículo 1977 agrega que si la víctima no ha logrado obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

Así podríamos encontrarnos ante un supuesto de novación legal de carácter subjetivo, por cambio de deudor, en la medida en que ya no sería responsable el representante legal del incapaz, sino el incapaz con su propio patrimonio.

21.1.10. En cuanto a si se originan en acciones u omisiones

La doctrina francesa considera que no se puede decir que las obligaciones derivadas de acto ilícito provienen solo de acciones, que son el

resultado del principio *neminem laedere*, y que la responsabilidad contractual puede provenir de acciones o de omisiones, pues hay responsabilidades derivadas de acto ilícito causadas por omisión, siendo este el caso de la falta de precaución y otras similares.

Coincidimos, sin duda, con dicha apreciación, ya que en este aspecto no hay diferencia entre ambos tipos de responsabilidad. Tanto la una como la otra pueden provenir de acciones o de omisiones, o inclusive de una combinación de ambas. Esta consideración resulta plenamente aplicable al Derecho nacional.

21.1.11. En cuanto a la constitución en mora

En relación al tema del requerimiento, la doctrina francesa señala que a veces se dice que por la naturaleza de las cosas es necesario el requerimiento para comprometer la responsabilidad contractual, el mismo que es inútil en la responsabilidad delictual. Pero, en realidad, la cuestión se presenta de otro modo: el requerimiento es necesario siempre que haya un atraso en el cumplimiento de una obligación, la que se puede cumplir todavía, lo que es posible, pero poco usual, en la responsabilidad extracontractual.

Así, Demogue[785] recuerda que generalmente se propone una diferencia entre las dos responsabilidades con respecto al requerimiento. Esta es exigida por el artículo 1146 del Código Civil Francés, para las indemnizaciones contractuales, pero no se aplica en las indemnizaciones llamadas delictivas, considerando que evidentemente la amplitud de esta constatación está restringida. En efecto, es claro que en materia contractual el requerimiento es necesario si la ejecución no se produce por culpa del deudor o, en su caso, del acreedor. Y, por otro lado, en materia de actos ilícitos raramente se ve un simple requeri-

[785] Demogue, René. *Op. cit.*, tomo V, p. 528.

miento para tomar las precauciones, pues de ordinario las indemnizaciones son compensatorias. Sin embargo, puede admitirse que si una persona se descuida en tomar una precaución, esta se hace responsable desde el momento deseado, caso en el cual un requerimiento podría devenir en inútil.

En el Derecho Peruano hay una clara diferencia en cuanto al tema del requerimiento. Este no es necesario en materia de responsabilidad extracontractual, puesto que el monto a indemnizar se determina desde la fecha en que se produjo el daño, fecha a partir de la cual también se devengan intereses legales (artículo 1985 del Código Civil).

En la llamada responsabilidad contractual, en cambio, existe la institución de la mora. Ella comienza desde el requerimiento del pago, es decir, desde que el acreedor exige al deudor, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. Las excepciones a esta regla son taxativas y se encuentran establecidas en el artículo 1333 del Código Civil.

En cuanto al tema de los intereses, estos se devengan en la responsabilidad contractual desde el día en que el deudor incurre en mora (sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno). Esta es una diferencia sustancial respecto del tratamiento legal de los intereses en la responsabilidad extracontractual, pues en esta última, como ya lo expresamos, el monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

21.1.12. En lo referente a la capacidad del causante del daño

En el Derecho Peruano, como se sabe, los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria (artículo 1358 del Código Civil). Esto quiere decir que hay incapaces que pueden contraer obligaciones. Ahora bien, para determinar qué tipo de incapaz es el comprendido en este numeral, debemos remitirnos a las normas en las que el

Código Peruano trata acerca de los incapaces, las mismas que distinguen entre incapaces absolutos e incapaces relativos.

No debemos pensar que el artículo 1358 del Código nacional solo se refiere a los relativamente incapaces, ya que de ser así, lo hubiera señalado de modo expreso. Al referirse a los incapaces no privados de discernimiento incluye, ciertamente, a los incapaces tanto relativos como absolutos, que reúnan los requisitos establecidos por el citado numeral.

Además, resulta imprescindible recordar que en materia de incapacidad y contratación, el Código Civil Peruano va aún más lejos, ya que en su artículo 1396 establece que «En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz».

Sobre este precepto, Manuel de la Puente y Lavalle[786] expresa que su aplicación da al tráfico masivo de bienes y servicios una gran seguridad y fluidez, pues el predisponente de las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente no se encuentra en la necesidad de demorar la celebración de cada contrato particular con arreglo a ellas hasta comprobar que la respectiva contraparte ha declarado adecuada y formalmente su voluntad de celebrar el contrato o que es capaz, sino que le bastará que dicha contraparte consuma el bien o utilice el servicio para que pueda exigir el pago.

A decir del citado profesor, ese artículo busca destacar que la falta formal de oferta o de aceptación o la intervención de un incapaz, no

[786] De La Puente y Lavalle, Manuel. El Contrato en General. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo III, pp. 174 y 175.

determina la inexistencia de una relación jurídica, sino que esta relación se genera de pleno derecho por la sola circunstancia del consumo del bien o la utilización del servicio por parte del consumidor, lo que le obliga a ejecutar la respectiva contraprestación de acuerdo con la naturaleza del contrato. Finalmente, anota que la previa aprobación administrativa de las cláusulas generales garantiza que las condiciones de la provisión no son lesivas para el consumidor, protegiéndolo contra su inexperiencia e ignorancia.[787]

En el Perú siempre hay responsabilidad, pero no necesariamente directa. Por ejemplo, si el incapaz actuó con discernimiento, es responsable con su propio patrimonio y de modo solidario con su representante legal; el incapaz privado de discernimiento, en cambio, no responde por el daño que cometió, pero sí lo hace su representante legal, con la reserva prevista por el artículo 1977 del Código Civil.[788]

[787] En ocasión anterior uno de los coautores de este Tratado (Castillo Freyre, Mario. *Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada. Análisis del Funcionamiento de las Doctrinas Tradicionales sobre Consentimiento, Nulidad, Anulabilidad y Disentimiento en los Contratos Celebrados a través de Medios Informáticos.* Biblioteca de Derecho Contemporáneo, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, vol. III, tomo III, pp. 65-73) manifestó que, como resulta natural, por el devenir histórico del Derecho, la gran mayoría de sus figuras e instituciones han surgido o han sido concebidas antes de la aparición de los diversos medios informáticos que ayudan hoy en día a la contratación entre los particulares, de modo tal que relacionar el tema de la capacidad con la contratación contemporánea reviste singular importancia dentro de nuestra legislación civil y ordenamiento jurídico.
Sin lugar a dudas, el artículo 1358 se aplica hoy en día a supuestos mucho más amplios que a los previstos en 1984, a la entrada en vigencia del Código Civil. Es muy probable que todo esto origine que las normas de capacidad, que hoy son regla, terminen siendo la excepción del artículo 1358.

[788] En este caso nuestra legislación contempla un supuesto denominado por los anglosajones como el *deep pocket*, que es cuando en atención a la situación económica de las partes, se establece una suerte de repartición del desembolso por indemnización:

21.1.13. En cuanto a la aptitud legal de los tribunales para determinar si se trata de una u otra clase de responsabilidad

La Corte de Casación Francesa, según la doctrina, evalúa si los efectos constatados pueden calificarse como falta delictiva o falta contractual.

En el Perú no se presenta esta facultad de modo enteramente discrecional. Los magistrados deben aplicar a cada caso concreto la ley que resulte pertinente; ello, derivado de su naturaleza y no de otro tipo de consideraciones. A su turno, las consecuencias serán las establecidas por la ley para cada clase de responsabilidad. La facultad de los jueces peruanos al respecto está limitada por el mandato de las prescripciones legales.

21.1.14. Según se responda por faltas o por hechos

Se dijo en favor de la distinción de las dos responsabilidades que el deudor por acto ilícito (delictivo) solo respondía por su falta, mientras que el deudor contractual lo hacía por su hecho. Según la teoría clásica de la responsabilidad, la primera solución es exacta, pues el término «hecho» empleado por el artículo 1383 del Código Napoléon, es simplemente accesorio. Pero el deudor contractual no responde por su simple hecho: no se le condenaría, por ejemplo, si al volverse loco violara su obligación.

Consideramos que la sutileza a que se alude no resulta aplicable al Derecho Peruano, precisamente porque dentro de nuestro ordena-

Artículo 1976.- «No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal».
Artículo 1977.- «Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo».

miento legal no existe ese tratamiento diferenciado de la materia, en lo que respecta a cuestiones terminológicas.

21.1.15. En cuanto a la carga de la prueba

Con relación al régimen probatorio —en sí mismo considerado—, Rezzonico[789] recuerda que Baudry-Lacantinerie, Colin y Capitant, Huc y otros juristas franceses sostienen la pluralidad de culpa, en cuanto a la prueba, pues (excepto en las obligaciones de no hacer) la culpa contractual se presume, no necesita probarse, resultando del mismo incumplimiento de la obligación, mientras que la culpa delictual o cuasidelictual (responsabilidad extracontractual) necesita ser probada, exceptuando el caso de un daño causado por cosas inanimadas, en que la ley presume culpa en el dueño de la cosa.

Asimismo, la doctrina francesa señala otra diferencia, que sería la más importante y que estaría efectivamente en la carga de la prueba. Así, en la responsabilidad extracontractual, el demandante deberá probar la culpa de su adversario. En el caso de un contrato, se presumiría la culpa. Más exactamente, hasta que el demandado pruebe el caso fortuito, la fuerza mayor (o que ha incumplido a pesar de haber empleado toda la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias —esto último, dentro del régimen del Código Civil Peruano de 1984—), la responsabilidad resultaría del incumplimiento mismo de la obligación.

Es un derecho adquirido el que la obligación subsista. Nada llegó a determinar que el deudor no la podía cumplir. Sin embargo, no habiendo una culpa especializada, solo se podría pedir el equivalente de la ejecución directa. No se podría indemnizar por otro perjuicio.

[789] Rezzonico, Luis María. *Op. cit.*, tomo V, pp. 537-539.

Dentro de tal orden de ideas, la doctrina francesa considera que el sistema de prueba es el mismo en los casos de falta derivada de acto ilícito o de falta contractual. Además del perjuicio, siempre se debe probar que existía una obligación para el demandado, que esta no se cumplió, que hay un vínculo causal entre este último hecho y el perjuicio, y si la obligación es positiva o negativa.

En la carga del demandado y del incumplimiento, las dos condiciones de «obligación» son las que promueven las dificultades más serias; y aquí la referida posición francesa toma la palabra «obligación» en un sentido amplio, considerando que la persona obligada por un reglamento o por la prudencia de hacer tal acto, es responsable de una obligación ante el tercero. Sin duda —dice la doctrina francesa— se impone directamente la ejecución de esta obligación. Por tanto, el acto ilícito siempre supone una ofensa al derecho del prójimo, lo que implica la preexistencia de una obligación.

Según esta tesis, la obligación que puede pesar sobre un deudor no siempre tiene la misma naturaleza. Esta puede ser una obligación de resultados o una obligación de medios.

Nosotros —como ya lo hemos expresado— no compartimos la distinción de las obligaciones en medios y resultados, clasificación que tuvo gran acogida y que fue bastante difundida en diversos sectores de la doctrina. Ella no fue aceptada por el Código de 1984 y nuestras razones han sido expuestas en su oportunidad.

En materia de inejecución de obligaciones rige en el Derecho Peruano lo dispuesto por el artículo 1329, precepto en virtud del cual se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor. Dentro de este régimen, si el deudor quisiera exonerarse de responsabilidad, tendría que probar el caso fortuito o fuerza mayor o que actuó con la diligencia ordinaria requerida, supuestos en los cuales no sería imputable.

Por su parte, si el acreedor quisiera agravar la responsabilidad del deudor que incumplió (para que este responda por la integridad de los daños y perjuicios causados y no solo por aquellos que pudo prever al momento de contraer la obligación —argumento del artículo 1321 del Código Civil—), tendría que probar que el incumplimiento obedeció a culpa inexcusable o dolo del deudor (argumento del artículo 1330 del Código Civil).

En materia de responsabilidad extracontractual también hay presunción de dolo o culpa en torno a la inejecución del deber de no dañar, la misma que se atribuye al autor del daño, quien se encuentra obligado a exonerarse de tal presunción (artículo 1969). Asimismo, encontramos similar presunción en el caso de la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producido en estado de necesidad; la prueba aquí es de cargo del liberado del peligro (artículo 1971, inciso 3).

También hay presunción de culpa del dueño de un animal o de aquel que lo tiene a su cuidado, si este causa un daño, corriendo el descargo por cuenta de aquel (artículo 1979). Se presume, asimismo, que el dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, a menos que demuestre que esta no ha provenido por falta de conservación o de construcción. La responsabilidad vicaria (responsabilidad por daño causado por un subordinado), en fin, se presume, a menos que se pruebe que el daño no se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo (artículo 1981).

21.1.16. En relación con los medios probatorios

También refiriéndose al tema de la prueba, pero esta vez con relación a los medios probatorios, la doctrina francesa considera que tampoco es exacto decir que la obligación contractual exige un título, mientras que la responsabilidad extracontractual se prueba con testigos; siempre es necesaria la prueba escrita, salvo cuando no se pudo obtener, lo que ocurre en todos los actos ilícitos y a veces en los contratos.

En el Derecho Peruano la regla es distinta. En ambos casos, para hacer valer derechos en juicio, se podrá recurrir a cualquiera de los medios probatorios contemplados por el Código Procesal Civil de 1993, en sus artículos 192, 193, 194 y 275.

21.1.17. En cuanto al modo de calcular los daños y perjuicios

Demogue[790] anota que una diferencia más exacta aparece en el modo de cálculo del monto de los daños y perjuicios entre la responsabilidad derivada de acto ilícito y la responsabilidad contractual prevista por el artículo 1150 del Código Napoléon, el cual limita la cifra de indemnización si el incumplimiento del contrato no proviene de un fraude.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia francesas reconocen, casi por unanimidad, que esa norma no se aplica a la responsabilidad extracontractual. Estima Demogue que, sin duda, esta idea fue la inspiración para que después el contrato se considerara más digno de interés que el acto ilícito. Sin embargo, tal medida se ve atenuada en tanto los jueces del hecho fijan el monto por concepto de daños y perjuicios, pero la solución –así de borrosa– sigue siendo cierta.

En el Perú no hay diferencia respecto al cálculo de la indemnización por daños y perjuicios; en ambos casos se evalúa la culpa (y su graduación) a efectos de determinar el nivel de responsabilidad de quien corresponda. La única excepción podría estar constituida por la responsabilidad objetiva, a la que hace referencia cierto sector de nuestra doctrina. Pero en realidad, como hemos dicho anteriormente, esta misma noción de objetividad se ve atenuada por otras reglas complementarias que la subjetivizan, cual es el caso de los artículos 1970 y 1972 del Código Civil.

---

[790] Demogue, René. *Op. cit.*, tomo V, p. 529.

21.1.18. En cuanto a la forma como responden los herederos del deudor

Messineo[791] advierte que la responsabilidad por incumplimiento se trasmite al sucesor del deudor a título universal; pero no (y tampoco en la obligación *ob rem)* al sucesor a título particular.

Evidentemente, las deudas y cargas de la herencia se transmiten a título universal, a efectos de que se abonen con la masa hereditaria y no con el patrimonio específico de un heredero. En el sistema del Código Civil Peruano la norma es igual para ambos tipos de responsabilidad, conforme lo establece el artículo 871 del referido cuerpo normativo.

21.1.19. En cuanto a los tribunales competentes

El juez competente es el del domicilio del demandado. Esta es la norma genérica en el Perú.

Sin embargo, tratándose de responsabilidad extracontractual, el demandante puede optar por el juez del lugar donde ocurrió el daño. Inclusive en caso de prestaciones derivadas de la gestión de negocios, pago indebido, enriquecimiento sin causa o promesa unilateral, el demandante puede elegir también al juez del lugar donde se realizó o debió realizarse el hecho generador de la obligación.

21.1.20. En lo referente al antiguo caso de la dote

Solo a manera de referencia histórica —pues el tema que se aborda ya ha sido derogado en todos los países de nuestra tradición jurídica, dada la igualdad legal entre personas de ambos sexos— diremos que Demogue[792] expresaba —dentro del régimen imperante en Francia a

[791] Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, p. 234.
[792] Demogue, René. *Op. cit.*, tomo V, pp. 532-536.

mediados de la década de mil novecientos veinte— que para el caso en que el responsable fuera una mujer dotal, existía una diferencia entre el crédito proveniente de la responsabilidad contractual y el proveniente de la responsabilidad por acto ilícito.

Según Demogue, en la práctica, la pregunta se dio para saber si la dote de la mujer podía mantenerse por igual en los dos casos. La jurisprudencia y la doctrina estaban de acuerdo en que se podía tomar posesión de la dote de la mujer, principalmente para cubrir sus obligaciones extracontractuales, en especial sus deudas provenientes de actos ilícitos, ya fueran sus delitos o cuasidelitos. Se consideraba —dice Demogue— que esta solución era impuesta por un interés superior de orden público.[793]

21.1.21. En cuanto a la finalidad del pago por los daños y perjuicios causados

Baudry-Lacantinerie, Colin y Capitant, Huc y otros profesores franceses sostenían la pluralidad de culpa, en cuanto al fundamento de las consecuencias, pues en la culpa contractual estas consecuencias operan como «reparación o indemnización» y en la culpa extracontractual como «pena o sanción».

Es más, un sector importante de la doctrina francesa clásica afirmaba la pluralidad de culpas, en cuanto a la medida de esas conse-

[793] La pregunta revestía mayor incertidumbre cuando se trataba de responsabilidad contractual. Por entonces, el referido profesor confesaba que no podía precisar si se debía entender del mismo modo la responsabilidad que nacía a propósito de la celebración de un contrato. La doctrina se preguntaba si cuando una mujer dotal era responsable por el incumplimiento de un contrato, estaba obligada con su dote.
La Corte de Casación Francesa juzgó que el incumplimiento doloso de un compromiso contractual no permitía apoderarse de la dote. Pero, sin embargo, se discutió mucho esta opinión.

cuencias, que son indudablemente más extensas en la llamada culpa delictual que en la contractual.[794]

Por nuestra parte, disentimos radicalmente del citado parecer, como factor distintivo entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. En ambos casos, la eventual indemnización que se pague, derivará de los daños y perjuicios causados; pero no porque en el caso de la responsabilidad contractual se trate de una reparación y en el caso de la responsabilidad extracontractual constituya una sanción. En ambos supuestos estamos en presencia de una función reparatoria o indemnizatoria de los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde al Derecho Civil castigar a los deudores, sino obligarlos a que, mediante el pago de la indemnización, pongan remedio a la situación de inequidad o injusticia que hubieren causado, derivada del incumplimiento de una obligación nacida de la voluntad humana o de la propia ley.

21.1.22. En cuanto a si se justifica un diferente grado de reparación

Demogue[795] precisa que antes de constatar en el Derecho positivo si las normas son en los dos casos idénticas o diferentes, debemos preguntarnos si deben diferir de manera racional. Entonces, la pregunta consiste en si se debe tener varios grados de severidad para aquel que viola un contrato, comete un delito o un cuasidelito.

A decir de Demogue, de pronto surgió una idea: aquel que comete un delito incurre en un acto más grave que aquel que viola un contrato, pues la idea de delito despierta la de infracción penal, la de imprudencia con consecuencias graves; y, por el contrario, el contra-

[794] Así, por ejemplo, Huc defendía con tanto empeño esta teoría de la dualidad de la culpa (contractual y extracontractual) que llegó a decir que ella no era seriamente refutable. (Citado por Rezzonico, Luis María. *Op. cit.*, vol. I, p. 154).

[795] Demogue, René. *Op. cit.*, tomo V, pp. 524 y 525.

tante negligente había asumido una obligación excepcional, suplementaria. No era ya la obligación que pesaba sobre todos la que estaba a su cargo, sino una obligación especial. Además, el acreedor voluntariamente dio crédito a la fe del otro contratante (su contraparte).

Este último —según la doctrina recordada por Demogue— debe ser tratado con menor dureza. En esta idea, que se encuentra en el fondo de muchos pensamientos, y tal vez en la propia ley, hay rezagos de la teoría criticada por el propio Demogue, según la cual la obligación contractual es una situación excepcional, dándose como norma la libertad en el marco de las obligaciones legales.

Al reflexionar sobre dichos conceptos, Demogue no encuentra —con base en estos temas— razón para distinguir entre ambas responsabilidades. Algunas infracciones a la ley son de importancia mínima, consideradas por la falta que contienen. Otras violaciones de contratos constituyen faltas muy graves, como sería el caso de la negligencia de un constructor en el reajuste de piezas, y otros supuestos de similar gravedad.

Si a veces pareció considerarse la responsabilidad derivada de acto ilícito como la más grave, ello obedeció —conforme al criterio del citado profesor francés— a que aún se estimaba en el Derecho Civil como un delito penal o algo que se acercaba a la gravedad del asunto, y esto se tornó cada vez en menos exacto, a medida que se aceptó el hecho de que se podía ser responsable en virtud de la ley por simples riesgos creados.

Se entiende, según Demogue, que dado a que por largo tiempo fuera admitida la distinción de dos responsabilidades por los grandes tratados de Derecho Civil, y que ausente dicho distingo, con base sólida, en la legislación, ella se haya puesto en duda, desde mediados de la última década del siglo XIX, en Derecho positivo, por un cierto número de autores.

En nuestro concepto, en ambos casos de lo que se trata es de reparar los daños y perjuicios causados, incluso en aquella responsabilidad proveniente de delito penal. La gravedad o no del acto en materia penal no debe tener relevancia en materia civil, en lo relativo a la indemnización misma.

21.1.23. En lo que respecta a la eventualidad de asegurar el incumplimiento

Malaurie y Aynés[796] enseñan que puesto que el seguro garantiza solamente la responsabilidad derivada de acto ilícito, no cubre la responsabilidad contractual, lo que con frecuencia es fuente de sorpresas desafortunadas; y estiman que el mecanismo del seguro no se adapta bien a la distinción entre los dos órdenes de responsabilidades.

Sin embargo, y a pesar de que ello no resulta usual en el Perú, teóricamente hablando no existe impedimento alguno para que las partes o alguna de ellas pudiera celebrar con una Compañía de Seguros un contrato de esta naturaleza, en previsión de un eventual incumplimiento de la obligación o de las obligaciones contractuales asumidas por ella misma o por la contraparte (llamado «seguro de riesgo comercial»). En el caso del seguro que se contrata para un eventual incumplimiento de las propias obligaciones asumidas, ello resulta usual en otros países, sobre todo en el caso de los médicos para cuando contratan con sus pacientes, previniendo la eventualidad de una mala práctica en el ejercicio de la profesión.

No obstante, estimamos que el pacto a que hacemos referencia —si garantizase obligaciones de la contraparte, y no de uno mismo— solo podría, razonablemente, estar vinculado a obligaciones que se incumplan por causas no imputables al deudor; pues de lo contrario resultaría extremadamente fácil que los contratantes, actuando de manera fraudulenta y buscando obtener provecho de la Compañía de Seguros, se coludieran a efectos de que una de esas partes incumpliera culposa o dolosamente, y ambas se beneficiaran con la indemnización correspondiente.

[796] Malaurie, Philippe y Laurent Aynés. *Op. cit.*, p. 483.

Sin embargo, tal modalidad de seguro no está prohibida por las leyes peruanas y queda a criterio y evaluación de cada empresa aseguradora, su contratación o no.

21.1.24. En lo referente a las obligaciones solidarias y las obligaciones in solidum

Malaurie y Aynés[797] consideran que hay diferencias entre ambos tipos de responsabilidad, como es el caso de la obligación *in solidum* de pleno derecho, la misma que pesa sobre los coautores de un perjuicio existente solo en materia delictual y también para los intereses moratorios.

Al estudiar las obligaciones indivisibles y solidarias,[798] hemos señalado que son muchos los autores que establecen diferencias entre las obligaciones solidarias y las obligaciones *in solidum* o concurrentes.

Luego de analizar autorizadas opiniones como las de Jorge Joaquín Llambías y Alex Weill y François Terré, llegamos a la conclusión de que si bien es cierto que la doctrina efectúa una distinción entre las mismas, las semejanzas existentes entre unas y otras las hacen muy similares. En el referido estudio del tema se observó que la aplicación principal que realiza la doctrina de las obligaciones *in solidum,* se encuentra en el campo de la responsabilidad civil derivada de acto ilíci-

[797] *Idem.*

[798] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo III, pp. 76-80.

to, bien para los coautores de la falta común, bien para los responsables del hecho de las cosas, bien para el autor de la falta y para la persona responsable de su hecho, o bien para el autor de la falta y para su asegurador.

Pero, como manifestamos en esa oportunidad, consideramos, al igual que Llambías, que resulta imposible —en el campo práctico— distinguir ambas obligaciones en el Derecho Peruano. En tal sentido, desechamos la pretendida distinción entre las obligaciones *in solidum* y las obligaciones solidarias, por carecer de contenido conceptual.

21.1.25. En cuanto a la fecha en que se origina el daño

Para nuestra legislación, en la llamada responsabilidad contractual existe la figura de la mora, la misma que marca una diferencia relevante, pues a partir de ahí se devengarán los intereses y/o daños y perjuicios moratorios, lo que no enerva la eventual existencia de daños y perjuicios de carácter compensatorio que se generen en virtud del incumplimiento definitivo (sea parcial o total de la obligación asumida).

En el caso de la responsabilidad extracontractual, los intereses y/o daños y perjuicios moratorios y compensatorios se devengarán desde el mismo momento en que se produzca el acto ilícito.

A mayor abundamiento, en torno a las diferencias y semejanzas de la responsabilidad contractual y extracontractual, puede también revisarse el paralelo que desarrollan Juan Carlos Venini,[799] Cazeaux y Trigo Represas,[800] Jorge Bustamante Alsina,[801] Eugène Gaudemet,[802]

[799] Venini, Juan Carlos. *Op. cit.*, tomo I, pp. 1-30.
[800] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 569 y 570.
[801] Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Sexta edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 70-78.
[802] Gaudemet, Eugène. *Op. cit.*, pp. 416-421.

Manuel Alessandri y Antonio Vodanovic,[803] Gustavo Palacio Pimentel,[804] Jorge Eugenio Castañeda,[805] entre otros.

21.2. Nuestra opinión

Teniendo en cuenta el análisis comparativo planteado, exponemos seguidamente nuestro parecer al respecto:

(a) En opinión nuestra, la responsabilidad en caso de incumplimiento de una obligación proveniente de un contrato, amerita un tratamiento distinto al caso del incumplimiento del deber genérico de no dañar a otro, como ocurre en sede de responsabilidad extracontractual.

(b) En la responsabilidad contractual lo que se sanciona es el incumplimiento de una obligación civil; en la responsabilidad extracontractual no preexiste obligación civil alguna, por cuanto no hay un vínculo jurídico entre las partes, pues la obligación recién se genera como consecuencia del incumplimiento de un deber (el de no dañar, por ejemplo), es decir, de la comisión de un acto ilícito. Esta obligación civil coincide con la responsabilidad; se podría afirmar que ambas nacen juntas.[806]

[803] Alessandri Rodríguez, Manuel y Antonio Vodanovic. *Op. cit.*, vol. I, tomo I, pp. 504 y 505.
[804] Palacio Pimentel, Gustavo H. *Op. cit.*, tomo I, pp. 489 y 490.
[805] Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo II, pp. 75-77.
[806] Un aspecto que suele preocupar a algunos autores es la responsabilidad que puede derivarse del incumplimiento de una obligación que, a su vez, provino de la responsabilidad generada por acto ilícito. Es decir, una vez creado el vínculo jurídico entre dos partes que se constituyen en acreedor y deudor, producto de la infracción o incumplimiento del deber de no dañar a otro, se ha generado una obligación civil entre ambos; y dictada la sentencia de reparación civil y realizada la liquidación correspondiente a la evaluación de los daños (daño emergente, lucro cesante, daño a la persona, daño moral, daño a las expectativas, pérdida de oportunidades, etc.), dicha obligación

(c) El tratamiento de cada una de las dos clases de responsabilidad ha de ser, necesariamente, distinto.

Esa es la razón de que coexistan dos sistemas de responsabilidad en nuestro Código. El origen de cada uno de ellos es diferente y, por tanto, no pueden ser objeto de igual regulación. La responsabilidad extracontractual se rige con base en criterios subjetivos y —según viéramos— del riesgo creado, en tanto que la llamada responsabilidad contractual únicamente se genera con base en criterios subjetivos (existencia de dolo o culpa).

(d) No compartimos la denominación de «responsabilidad contractual» (el Título correspondiente del Código Civil Peruano es «Inejecución de Obligaciones»), por cuanto las normas sobre inejecución de obligaciones se aplican no solo a las obligaciones derivadas del incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones nacidas de los contratos, sino a todas las obligaciones civiles que no se encuentren expresamente reguladas en la Sección de la Responsabilidad Extracontractual (artículos 1969 a 1988 del Código Civil Peruano). Así, se incluyen dentro de aquel Título a los contratos en general, a los contratos nominados, a la gestión de negocios, al enriquecimiento sin causa, a la promesa unilateral y, en general, a los contratos innominados, a numerosas obligaciones previstas legalmente y a todos aquellos casos, ajenos al Derecho Civil, en que se vulnere una relación obligacional preexistente, salvo que la ley, en esta última hipótesis, opte por una sanción específica distinta a la del Derecho común.

(e) Con idéntico razonamiento, tampoco resulta idónea la denominación «responsabilidad extracontractual», ya que esta incluiría —por tratarse de actos ajenos a la esfera contractual— a la responsabilidad proveniente de la inejecución de obligaciones derivadas de la gestión de negocios, del enriquecimiento sin causa y de la promesa unilateral, y ello, por cierto, no es así.

(f) Sin embargo, a pesar de las salvedades que acabamos de anotar, y sopesando la costumbre jurídica de preservar la gran clasificación, no obstante las atingencias de orden teórico, nuestro Código ha mantenido bajo el rubro «responsabilidad extracontractual» a aquella proveniente de los actos ilícitos, con el propósito de evitar confusiones entre los operadores del Derecho, para quienes es clara la aplicación de tales normas.

Como sabemos, el empleo del término «extracontractual» a la responsabilidad proveniente de acto ilícito no es de autoría peruana, sino que está extendido por toda la tradición romano germánica, con pocas excepciones (como en aquellos países donde se denomina «acto ilícito»).

(g) Pero el tema no se agota en este punto, sino que, por el contrario, va mucho más lejos en cuanto a su complejidad. Es muy distinto ser deudor o ser victimario. Esta constituye, a nuestro entender, la premisa o eje central del que parte la conveniencia de conservar la separación de la responsabilidad en dos grandes categorías.

ha devenido en plenamente exigible, debiendo pagar el deudor al acreedor la indemnización por los referidos daños y perjuicios.
¿El incumplimiento, o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por el deudor de esta prestación, estaría sujeto a las normas sobre inejecución de obligaciones? Definitivamente no, puesto que ya no hay responsabilidad que evaluar, ya se está en la etapa de las indemnizaciones; de lo contrario, se caería en el círculo vicioso de tener que determinar si el incumplimiento de esta obligación indemnizatoria es doloso o culposo, con la consecuente reparación de daños y perjuicios. Sería como un cuento sin fin, con yuxtaposición de normas con criterio y lógica distintos. Una vez llegada la etapa de indemnización, su incumplimiento puede conducir, directamente, a la ejecución del patrimonio del deudor.

Sin embargo, ocasionalmente existen dificultades en apreciar si el agente ha incurrido en responsabilidad contractual o extracontractual, es decir, si tiene la condición jurídica de deudor o de victimario, pues los linderos entre ambas clases de responsabilidad pueden resultar muy tenues.

A modo de ejemplo, citaremos el antiguo —y ya zanjado— caso del cirujano que por negligencia ocasiona el fallecimiento del paciente. Debido a la mística que siempre originó la profesión de médico, la doctrina fue reacia durante mucho tiempo a aceptar que existía un contrato entre médico y paciente (por considerar que se mercantilizaba la «santa» profesión de la medicina). Sin embargo, este obstáculo fue superado hace ya más de sesenta años.[807]

Ahora bien, en el caso de la responsabilidad del médico (llamada también «profesional», como si esta distinción fuese a darle una categoría jurídica distinta), debemos aclarar que si bien por regla general ella se genera dentro de un marco contractual entre él y su paciente, pueden darse situaciones en que se produzca un daño sin que exista contrato entre ambos.

Este sería el caso en que el paciente no ha podido manifestar su voluntad de ser tratado por el médico, o cuando, de existir tratativas, no se llegó a dar un contrato propiamente dicho (en situaciones excepcionales, como emergencias, por citar el ejemplo más frecuente).

El supuesto usual lo constituye el del galeno que está viajando y en el camino se encuentra con una situación de emergencia ocasionada por un accidente vehicular, y presta auxilio a las

[807] Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Op. cit.*,vol. I, tomo I, pp. 208 y 209.

personas que encuentra heridas. Evidentemente, en esta hipótesis, de por sí nada extraña, cada una de las acciones del médico, así como sus omisiones, podrían ocasionar daños. Aquí es difícil para la doctrina ponerse de acuerdo acerca de si se trata de un caso de responsabilidad extracontractual (o derivada de acto ilícito) o de responsabilidad derivada de un cuasicontrato, que, a pesar de sus diferencias con el contrato, se asimila más a este por sus efectos que a la responsabilidad extracontractual.

En caso de existir un contrato, pero que el daño se hubiera producido en situación que generase dudas acerca de su naturaleza, se ha propuesto, en ocasiones, utilizar la llamada «acumulación» de responsabilidad contractual y extracontractual.

La Corte de Casación Francesa ha descartado el principio de la «acumulación» de responsabilidades, término además impropio por dejar la impresión de que la víctima o, en su caso, sus herederos, pudieran ejercitar dos acciones distintas, una para la reparación de los daños y perjuicios contractuales y la otra para la reparación de los daños y perjuicios extracontractuales.

Ese Tribunal ha establecido que «cuando se hayan llenado los requisitos que le otorgan una naturaleza contractual a la responsabilidad, la víctima no puede invocar, aun cuando tuviera interés en ella, las reglas de la responsabilidad delictual».[808]

Sobre la acumulación de responsabilidades, Max Arias-Schreiber[809] también considera que aun cuando se trata de un tema

[808] Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil, Op. cit.*, Parte Segunda, vol. II, p. 46.

[809] Arias-Schreiber, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Op. cit.*, vol. II, p. 55.

doctrinariamente discutido y existe un fuerte movimiento hacia la unificación, no es admisible acumular en un caso de responsabilidad las normas más beneficiosas de la responsabilidad contractual con la extracontractual.

Esto significa, por lo tanto, que el perjudicado tiene una doble vía, siendo autónoma una de la otra: si el incumplimiento se origina o tiene su punto de partida en la preexistencia de una obligación, la responsabilidad será contractual. Si, por el contrario, el incumplimiento no emana de una obligación sino de un deber genérico, la responsabilidad será extracontractual.

Ha sido frecuente, en el caso del transporte de personas, que el pasajero, si sobrevivía, o sus herederos, si el accidente había sido de consecuencias mortales, atribuyeran al transportista, a diferencia del portador de mercaderías, una responsabilidad extracontractual. La Corte de Casación Francesa ha resuelto, sin embargo, que el transportista de personas está ligado contractualmente por una obligación de seguridad y que esta era determinada: conducir al pasajero, con toda seguridad, a su destino. Se ha asimilado al transportista de personas con el portador de mercaderías.

(h) Reviste, pues, particular importancia distinguir la inejecución de una obligación contractual de la inejecución de una obligación extracontractual, ya que sus consecuencias jurídicas son diferentes.

Al respecto, la doctrina señala que la dualidad existente entre las dos responsabilidades civiles plantea, a su vez, dos problemas de interferencia. El primero consiste en saber si la víctima puede escoger libremente el tipo de responsabilidad civil en la que fundamenta su acción de reparación del daño, lo que se conoce con el nombre de problema de la opción. El segundo es saber si la víctima tendría la posibilidad de combinación, apelando simultáneamente a varias normas diferentes de responsabilidad, lo que se conoce como el problema del cúmulo (acumulación). En opinión nuestra, no es posible optar ni por la opción, ni por la acumulación, pues cada responsabilidad tiene su propio dominio. Sin embargo, a veces la rigidez de la prohibición es molesta y tiende a suavizarse.

También se ha sostenido que las relaciones entre la responsabilidad delictiva y la responsabilidad contractual implican dificultades. El tema estriba en determinar si los dos tipos de responsabilidad son diferentes o si solo hay una categoría de responsabilidad. Si se opta por la primera solución, entonces precisa conocerse si respecto a la ejecución de un contrato puede haber responsabilidad delictiva. El problema es únicamente de técnica jurídica o, de manera más precisa, de construcción jurídica. Se trata, según los autores consultados, de saber si las normas adoptadas por la ley o admitidas en la práctica en los dos casos (incumplimiento de un contrato o acto ilícito) son diferentes o idénticas; si podemos dar dos nociones distintas o una sola; afirmándose que no se debe proceder por la vía deductiva, sino por la vía de la constatación y de la comparación.

En esencia, en la responsabilidad contractual las partes están vinculadas por una obligación convencional, por la inejecución culpable o dolosa de una obligación emanada de la voluntad. En la responsabilidad extracontractual o delictual, en cambio, no existe convención alguna de por medio, y ella surge por el ataque injustificado a un derecho que la ley cautela y que, por consiguiente, obliga a reparar.

Refiriéndose a la hipótesis de la llamada responsabilidad contractual, Messineo[810] expresa que esta consiste en el incumpli-

[810] Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial. Op. cit.*, tomo IV, pp. 233 y 234.

miento total o parcial imputable al deudor. Este incumplimiento es susceptible de presentarse en dos aspectos: puede ocurrir que el incumplimiento sea voluntario, debido a la intención del deudor de no cumplir (dolo), indiferentemente de si se trata de obligación con prestación de dar, de hacer o de no hacer. El otro caso sería que el cumplimiento se haya hecho imposible (objetivamente) porque así lo hubiere convertido la negligencia (culpa) del deudor. Se tiene, también aquí, una causa imputable al deudor.

Para Messineo, tanto en uno como en el otro caso, se perfila la llamada responsabilidad contractual, puesto que en ambos supuestos el comportamiento del deudor es ilícito, y se habla de dolo o de culpa contractual, o bien se podría decir que se trata de culpa *in adimplendo* (y el mismo término podría aplicarse al dolo).

El citado tratadista italiano precisa correctamente que al decir «contractual» se quiere expresar no solamente que se trata de dolo o culpa como causa de incumplimiento de la obligación derivada de un contrato, sino de dolo o culpa que, de una manera más general, es causa de incumplimiento de una obligación ya existente, aunque su fuente sea diversa del contrato (como la promesa unilateral, la ley, etc.).

Messineo acota —y este punto reviste suma relevancia— que se suele contraponer la culpa contractual al dolo y a la culpa extracontractual, que constituyen el dolo o la culpa que dan lugar no ya a incumplimiento, sino a lesión del derecho ajeno. De este último nace, después, y a causa del acto doloso o culposo, una obligación que tiene un contenido típico y constante: el de resarcir el daño inferido. Esta última forma de dolo o culpa (llamada también aquiliana) configura un acto ilícito, denominado «delito civil».

Algunos autores estiman que, en lo esencial, hay identidad entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual. No obstante ello, las diferencias entre ambos regímenes son tan numerosas que se puede hablar de dos órdenes de responsabilidad; ambas no existen en todos los casos, no todas tienen la misma importancia y se atenúan progresivamente por el desarrollo de las responsabilidades legales. Estas diferencias obligan a delimitar sus respectivos campos y a examinar luego su combinación. A decir de los autores consultados, las diferencias de condiciones entre los dos órdenes de responsabilidad pueden darse ya sea en la naturaleza de las cosas o en la política legislativa. Las primeras son ineluctables; las segundas pueden desaparecer o atenuarse.

Entre quienes se encuentran de acuerdo con la unificación de la responsabilidad podemos citar a Wayar,[811] quien considera que está impuesta la tesis de la unidad conceptual. En ella se afirma que la responsabilidad —nacida de cualquier fuente— requiere presupuestos comunes: a) antijuridicidad; b) imputabilidad; c) daño; d) causalidad. El incumplimiento desempeña un papel esencial en la órbita «contractual», dado que constituye su primer presupuesto, como que es un obrar antijurídico; pero no obstante ello, para que el sujeto que incumple sea responsable son imprescindibles los restantes presupuestos enunciados (imputabilidad, daño y causalidad). Así, a decir de Wayar, en la base misma de esta especie de responsabilidad está presente el incumplimiento.

(i) En suma, consideramos que si bien existe una cierta proclividad de parte de la doctrina hacia la unificación de las respon-

[811] Wayar, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 498.

sabilidades, los hechos que las originan son de género muy distinto; esto trae como consecuencia un tratamiento diverso en numerosos aspectos, según el caso (sea inejecución de obligación existente o responsabilidad por acto ilícito).

A la postre, de adoptar el criterio unificador, habría tal número de salvedades y excepciones, que la normatividad podría devenir en inútilmente confusa. La separación de las dos categorías de responsabilidad es, pues, a nuestro criterio, más conveniente. En particular, debido a que —como hemos manifestado anteriormente— la responsabilidad derivada de acto ilícito obedece a criterios subjetivos (dolo o culpa) y objetivos (teoría del riesgo creado), en tanto que la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones ya existentes requiere puramente de elementos de índole subjetivo (culpa, dolo).

22. INCUMPLIMIENTO EN LAS OBLIGACIONES QUE IMPLICAN PAGOS EN CUOTAS PERIÓDICAS

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1323 del Código Civil «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el incumplimiento de tres cuotas, sucesivas o no, concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, salvo pacto en contrario».[812]

[812] **- Fuentes nacionales del artículo 1323**
Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; en el Código Civil de 1936; en la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973; ni en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.

El artículo 181 del Código Civil, ubicado en el Libro de Acto Jurídico, establece diversos supuestos por los cuales el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo.[813]

El tema fue regulado por primera vez en el Perú por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 1342: «Cuando la obligación deba pagarse en cuotas sucesivas, el incumplimiento en el pago de dos cuotas concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes»; seguido por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, artículo 1290: «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el incumplimiento de tres cuotas, sucesivas o no, concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, salvo pacto en contrario».

- Fuentes y concordancias extranjeras
El antecedente directo del artículo 1323 es el artículo 1819 del Código Civil Italiano de 1942 (norma ubicada dentro del Capítulo relativo al Contrato de Mutuo), cuyo texto es el siguiente: «Restitución por cuotas.- Si se ha convenido la restitución por cuotas de las cosas dadas en mutuo y el mutuatario no cumple la obligación del pago aunque sea de una sola cuota, el mutuante puede pedir, según las circunstancias, la inmediata restitución de la totalidad».

[813] Así, la citada norma expresa lo siguiente:
Artículo 181.- El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:
1. Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda.
   Este inciso ha sido modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil (Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N.° 010-93-JUS; Decreto Legislativo N.° 768; Decreto Legislativo N.° 767; Decreto Ley N.° 25940; y Decreto Ley N.° 25869; publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el día 22 de abril de 1993), disposición que le añadió el texto siguiente:
   Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación.
2. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido.
3. Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieren por causa no imputable a éste, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.

Este inciso ha sido modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil (Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N.° 010-93-JUS; Decreto Legislativo N.° 768; Decreto Legislativo

Como resulta evidente, la estructura del Derecho de Obligaciones está orientada a lograr que los deudores cumplan con el pago de sus deudas. Todo el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Contratos se encaminan —o al menos deberían encaminarse— a tal propósito.

Por ello, cuando nos encontramos ante obligaciones en que las partes han pactado plazos suspensivos para el cumplimiento de la prestación o de las diversas prestaciones asumidas, el acreedor no podrá exigir al deudor su cumplimiento en fecha anterior a la pactada.

Este principio no solo resulta elemental dentro del Derecho de Obligaciones y Contratos, sino que extiende su ámbito de aplicación a todas las áreas del Derecho y es uno de aquellos que podríamos calificar como de vigencia universal, dentro y fuera de la tradición jurídica romano-germánica.

Pero la existencia de plazo o plazos implica, de por sí, que su vigencia es tutelada y respetada por el Derecho, en tanto y en cuanto los deudores asuman determinadas conductas.

Así, si se tratara de una prestación cuyo cumplimiento debe ser efectuado en un solo momento y el deudor incumpliese con pagar, es evidente que fuera del plazo pactado no podría invocar beneficio alguno a su favor, pues ya debió cumplir y no lo hizo.

N.° 767; Decreto Ley N.° 25940; y Decreto Ley N.° 25869; publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el día 22 de abril de 1993), disposición que le añadió el siguiente párrafo:

«Artículo 181.- Se agrega el siguiente párrafo final:

La pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los incisos precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como proceso sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito».

Dentro de tal orden de ideas, es evidente que el Derecho «ya habría perdido confianza» en la conducta del deudor, quien luego de haber incumplido el único plazo que lo favorecía, se verá expuesto a todas las acciones que su acreedor intente contra él para cobrar la deuda o resguardar sus derechos crediticios.

Ahora bien, si la obligación consistiera en pagos periódicos, el Derecho entenderá que el deudor deberá cumplir dentro de los plazos establecidos en el contrato, de modo tal que deberá respetarse cada una de las fechas establecidas, no pudiendo el acreedor exigir el pago antes de su vencimiento.

Esto equivale a decir que el Derecho otorga una especie de «manto de confianza» en favor de la conducta del deudor que cumple oportuna y adecuadamente con sus obligaciones contractuales.

Pero esa protección con respecto al cumplimiento de las futuras prestaciones o pagos parciales de la prestación única, se otorgará mientras el deudor siga asumiendo una conducta de cumplimiento efectivo, o incurra en un incumplimiento que no sea lo suficientemente grave como para que el propio Derecho pierda confianza en su conducta.

Y aquí no estamos hablando de una confianza en sentido subjetivo, sino de un grado de confianza que la ley objetiviza a través del artículo 1323 del Código Civil, cuando establece que en la medida que el deudor deje de pagar tres cuotas, sucesivas o no, dicho deudor perderá el beneficio del plazo de pago de las sucesivas cuotas, pudiendo su acreedor exigirle no solo el pago de las tres o más que ya había incumplido, sino del íntegro de las cuotas cuyo cumplimiento futuro se encontraba pendiente.

Esta pérdida del plazo por mandato legal encuentra su explicación en que el ordenamiento jurídico no tiene por qué otorgar el «manto de confianza» al que hacíamos referencia, a alguien cuya conducta ha

estado encaminada —precisamente— a la pérdida total de la confianza depositada.

Por otra parte, existen razones elementales de lógica que abonan en favor del precepto contenido en el artículo 1323 del Código Civil.

Ellas se basan en que si el deudor ya ha incurrido en un incumplimiento reiterado de las cuotas que debía pagar (tres o más), mal haría el Derecho en aguardar pacientemente que tal deudor incumpliente proceda a pagar las cuotas restantes en los plazos pactados.

Dicho en otras palabras, carecería de sentido aguardar el cumplimiento por parte de quien no suele cumplir con el pago de las prestaciones asumidas.

El artículo 1323 del Código Civil Peruano de 1984 constituye, sin duda alguna, un precepto de enorme utilidad en materia de Derecho de Obligaciones, habida cuenta de que permite de manera eficaz que los acreedores procedan a cobrar sus acreencias cuyo plazo aún no ha vencido, integrándose así como una sanción contra los deudores que no honran el cumplimiento de sus obligaciones.

Por otra parte, resulta necesario recordar que para que se produzca el supuesto del artículo 1323 tiene que haberse constituido en mora al deudor con respecto al pago de las tres cuotas que hubiere incumplido, intimándolo para tal efecto, conforme a la regla general prevista en la primera parte del artículo 1333 del Código Civil.

Si no se hubiese constituido en mora al deudor, se deberá entender que el acreedor le ha concedido una prórroga tácita del plazo, de modo tal que a pesar de que el deudor se hubiere demorado en pagar tres o más cuotas, sucesivas o no, estaría retrasado pero no en situación moratoria, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica.

Lo expresado no regiría, naturalmente, si las partes hubiesen pactado la mora automática; o si se presentara alguna de las otras causales de mora automática previstas en el artículo 1333 del Código Civil; o si se tratara de obligaciones sujetas a la regulación del Código de Comercio, en donde la mora automática es la regla y la mora por intimación la excepción.

De otro lado, cabe señalar que si bien el artículo 1323 del Código Civil tiene aplicación en todo el Derecho de Obligaciones, el propio Código consigna una norma muy similar dentro del Título correspondiente al Contrato de Compraventa, la misma que consideramos reiterativa y eventualmente un gazapo del legislador.

Se trata del artículo 1561, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1561.- «Cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes».

23. Incumplimiento en las obligaciones de dar sumas de dinero

Como recordará el lector, en ocasión anterior hemos desarrollado extensamente el tema del pago de intereses.[814]

En aquella oportunidad también hicimos referencia al funcionamiento armónico del artículo 1324 del Código Civil con relación a los intereses propiamente dichos.

El artículo 1324 establece lo siguiente:

[814] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre, *Op. cit.*, Segunda Parte, tomo V, pp. 257 a 515 y tomo VI, pp 1-616.

Artículo 1324.- «Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento».[815]

[815] - **Fuentes nacionales del artículo 1324**

Dentro de la legislación colonial, debemos mencionar a la Ley de las Siete Partidas, Ley 3, Título VI, Partida Quinta: «Se llaman en latín intereses los daños e los menoscabos que le vinieron a la parte por aquello que la otra no quiso complir».

El artículo 1324 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836, así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

El Código Civil de 1852 trataba el tema en su artículo 1273: «En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados, y en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se haya pactado otra cosa en cuanto a daños e intereses»; mientras que el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en el numeral 3047: «Aunque el deudor no tenga culpa en la pérdida o la destrucción de la cosa debida, si estos accidentes se realizan después de haber aquél incurrido en mora, es responsable el acreedor según las reglas siguientes: 1.- Si el deudor prueba que la pérdida o destrucción habría acaecido, aun cuando la cosa hubiese estado en poder del acreedor, no responde del precio de ella, pero sí debe indemnizar los perjuicios causados con la demora; 2.- Si el deudor no produce la prueba indicada en la regla anterior o si, por el contrario, demuestra el acreedor que la cosa no se habría perdido, ni destruido en su poder, aquél está obligado a pagar el precio de la cosa y los perjuicios».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba la materia en el artículo 317: «En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se haya pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en el artículo 303: «En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se haya pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1313: «En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1324: «En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, trataba el tema en el numeral 191: «En las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, se deben desde el día de la mora los intereses legales, aun cuando no se debieran anteriormente y aun cuando el acreedor no pruebe haber sufrido algún daño. Si antes de la mora se debían intereses en medida superior a la legal, los intereses moratorios se deben en la misma medida.- Al acreedor que demuestre haber sufrido un daño mayor le corresponde el ulterior resarcimiento. Este no se debe si se ha convenido la medida de los intereses moratorios»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 179: «Las obligaciones de dar sumas de dinero devengarán intereses no previstos contractualmente, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses superiores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.- Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el resarcimiento correspondiente».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, preveía en su artículo 1343: «Las obligaciones de dar sumas de dinero devengarán intereses oficiales, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses superiores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.- Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el resarcimiento correspondiente»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1291: «Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se de-

A fin de no reiterar conceptos vertidos cuando analizamos el tema de los intereses, vamos a sintetizar la materia de la siguiente manera:

El ámbito de aplicación del artículo 1324 del Código Nacional se refiere única y exclusivamente a aquellas obligaciones de dar sumas de dinero, comprendiendo en ellas —más allá de la discusión teórica que pudiera generar su naturaleza— tanto a la moneda nacional como a las monedas extranjeras.

Como sabemos, las obligaciones de dar sumas de dinero no generan de por sí intereses compensatorios. Los intereses compensatorios, o se pactan o son establecidos por la ley.

---

bían intereses superiores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios».

- **Fuentes y concordancias extranjeras**

Concuerdan con el artículo 1324 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Chileno (artículo 1559), Boliviano de 1976 (artículo 347), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 857 —similar al primer párrafo del artículo 1324 Peruano—), Helénico (artículos 345 y 346), Egipcio (artículo 182), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículos 102 y 103), de la República de China de 1930 (artículo 233) y Holandés (Libro 6, Sección 8, artículo 9).

Resulta de interés señalar lo prescrito por el Código Etíope (artículo 1805), al establecer que cuando el daño probado por el acreedor es superior al interés moratorio, el deudor debe reparar íntegramente ese perjuicio, cuando estaba advertido al momento de la conclusión del contrato de esas circunstancias o cuando la inejecución proviene de una voluntad dirigida a dañar el contrato, de su negligencia inexcusable o su culpa leve.

También concuerdan con el artículo 1324 del Código Nacional los artículos 1153 del Código Francés; 1231 del Código Italiano de 1865; 1108, primer párrafo, del Código Español; 622 del Código Argentino; 291 del Código Alemán; 248 del Código Polaco; 1108, primer párrafo, del Código Cubano; 1061 y 1064 del Código Brasileño; 104 y 106 del Código Suizo; 1153 del Código Dominicano; 1617, incisos 1) y 2), del Código Colombiano; 2117 del Código Mejicano; 1224 del Código Italiano; 555 del Proyecto Sánchez de Bustamante; 2117 del Proyecto Rojina; 328 del Anteproyecto Brasileño; y 867 y 871 del Anteproyecto Ossorio de 1943.

En materia contractual, si una parte se hubiese obligado a entregar a otra una cantidad de dinero, mediando un plazo entre el nacimiento de la obligación y el momento en el que debe efectuar el pago, por la sola circunstancia de la existencia del plazo dicho deudor no se encontrará obligado a pagar interés compensatorio alguno.

Ello, a menos que se tratase de un contrato de mutuo, ya que en virtud de lo establecido por el artículo 1663 del Código Civil, el mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto.

Sin embargo, es claro que el artículo 1324 no está destinado específicamente a regular el tema de los intereses compensatorios en las obligaciones de dar sumas de dinero, sino que se encuentra dirigido a regular el tema de los intereses moratorios. No obstante ello, resulta fundamental establecer la relación entre uno y otro tipo de interés, en la medida que lo previsto por el artículo 1324 requiere tener en consideración el tema de manera global, con el propósito de conocer la forma exacta en que debe aplicarse el numeral citado.

Dentro de tal orden de ideas, podrían darse diversos supuestos que nos vamos a encargar de resumir:

- Si la obligación de pagar una suma de dinero no se hubiera pactado con intereses compensatorios, ni estos se debieran por presunción legal, será evidente que ellos no deberán pagarse.

  Ahora bien, si el deudor incurriese en mora y tampoco se hubieran pactado intereses moratorios, por aplicación del artículo 1324 el deudor deberá pagar desde la fecha de la constitución en mora, la tasa del interés legal.

- Si la obligación de pagar una suma de dinero se hubiese pactado con intereses compensatorios, pero no se hubiese estipulado la tasa del interés compensatorio, así como tampoco tasa alguna de interés moratorio, el deudor deberá pagar intereses com-

pensatorios, aplicándose para tal efecto la tasa del interés legal; en tanto que desde el día en que incurra en mora, deberá seguir pagando la tasa de interés legal, en calidad de moratoria.

Debe subrayarse que en estos casos la tasa de interés legal es la misma, independientemente de si cumple función compensatoria o moratoria, sin que puedan sumarse ambas tasas (la legal compensatoria y la legal moratoria) a partir del día en que el deudor sea constituido en mora.

Desde el día de la mora el deudor seguirá pagando la misma tasa de interés legal que debió pagar en calidad compensatoria, solo que a título moratorio.

- En el supuesto que las partes hubiesen pactado la existencia del interés compensatorio habiendo establecido una tasa determinada, pero no hubiesen estipulado una tasa para el interés moratorio, será evidente que el deudor deberá pagar el interés compensatorio pactado; sin embargo, a partir del día de la constitución en mora, al no haberse pactado una tasa para los intereses moratorios, sería de aplicación al caso de los intereses moratorios la tasa del interés legal.

  No obstante ello, el lector no debe inferir que en esos casos el acreedor pueda exigir, desde el momento de la constitución en mora, la suma de la tasa de interés convencional compensatorio y la tasa del interés legal moratorio. La ley simplemente autoriza que a partir del día de la constitución en mora, el acreedor pueda cobrar la tasa más alta, ya sea la del interés convencional compensatorio o la del interés legal moratorio. Y esa tasa (la más alta) se pagará en calidad de interés moratorio.

- De presentarse el supuesto en el cual acreedor y deudor hubiesen pactado un interés compensatorio —mas no su tasa— y una tasa de interés para la eventualidad de la mora, será evi-

dente que el interés compensatorio que deberá pagarse será equivalente a la tasa del interés legal.

Ahora bien, a partir del día de la constitución en mora, deberá efectuarse un análisis a fin de apreciar si la tasa pactada por concepto de interés convencional moratorio es mayor o menor que la tasa del interés legal compensatorio que se venía pagando.

En este caso, al igual que en el supuesto precedente, el Derecho considera que el deudor debe pagar a partir del día de la mora, aquella tasa que resulte de monto más alto, comparando la tasa del interés legal compensatorio y la tasa del interés convencional moratorio.

- Finalmente, si las partes hubiesen pactado una tasa de interés convencional compensatorio y una tasa de interés convencional moratorio, a partir del día de la constitución en mora del deudor, este deberá pagar por concepto de interés moratorio, la suma de las tasas de interés convencional compensatorio y convencional moratorio que las partes hubiesen pactado.

  Como puede observar el lector, este es el único caso de todos los que han sido materia de análisis, en el que las tasas de interés compensatorio y moratorio se suman a partir del día de la constitución en mora.

  Resulta evidente también, que este es el supuesto que más conviene a los intereses de cualquier acreedor.

De otro lado, debemos señalar que el artículo comentado —1324— desecha la expresión «a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios», que aparece en la parte final del artículo 1324 del Código de 1936, coincidentemente con la misma numeración en ambos Códigos. Esta regla no se refería —evidente-

mente— ni a los intereses legales ni a los intereses convencionales, pues el citado artículo 1324 del Código de 1936 trataba con anterioridad de ellos, y señalaba su régimen. El Código de 1936 aludía, sin duda, a prestaciones distintas de los intereses, que si bien estaban destinadas a reparar los verdaderos daños y perjuicios que podía sufrir el acreedor por el incumplimiento, se prestaban a abrir las puertas a la usura, en la medida en que ellas fueran superiores, en valor, al máximo del interés previsto por la ley, lo cual inducía a hacer indirectamente lo que la ley prohibía hacer directamente.

Antes de concluir nuestros comentarios en relación al artículo 1324 del Código Civil, debemos reparar en lo dispuesto por el segundo párrafo del referido numeral, precepto que establece que si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido, el respectivo resarcimiento.

Como sabemos, la cláusula de indemnización del daño ulterior es aquella que permite al acreedor la indemnización del íntegro de los daños y perjuicios sufridos. En este caso, si los daños y perjuicios sufridos superasen el monto de los intereses, y no se hubiese pactado dicha cláusula, el resarcimiento se limitará al monto resultante de los intereses.

Si, por el contrario, se hubiese pactado indemnización del daño ulterior, el acreedor tendrá derecho a ser indemnizado, no solo por el monto de los intereses, sino por el plus, vale decir, por el íntegro de los daños y perjuicios sufridos, siempre que así lo acredite.

Por lo demás, no vamos a ahondar sobre la cláusula de indemnización del daño ulterior, ya que nos ocuparemos de la misma con ocasión de nuestro análisis de las obligaciones con cláusula penal, en especial de lo dispuesto por el artículo 1341 del Código Civil Peruano.

24. Cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad

El artículo 1328 del Código Civil Peruano de 1984 prescribe lo siguiente:

> Artículo 1328.- «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.
>
> También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público».[816]

---

[816] - **Fuentes nacionales del artículo 1328**
El artículo 1328 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.
El Código Civil de 1852 abordaba el tema en su artículo 1269: «Los contratantes están obligados a evitar el dolo y la culpa lata, en todos los contratos, y a responder por sus consecuencias»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890, no legislaba sobre la materia.
Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el punto en el artículo 313: «La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en el numeral 299: «La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1310: «La responsabilidad procedente del dolo y de la culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción es nula»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1321: «La responsabilidad procedente del dolo y de la culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción es nula».
Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, abordaba la materia en su artículo 196:

«Es nulo todo pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa inexcusable.- Es nulo también cualquier pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya violación de obligaciones derivadas de normas de orden público»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 184: «Es nula toda estipulación que excluya o limite previamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.- También es nulo cualquier pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba el tema en el artículo 1347: «Es nula toda estipulación que excluya o limite previamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga.- También es nulo cualquier pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1295: «Es nula toda estipulación que excluya o limite previamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga.- También es nulo cualquier pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público».

- **Fuentes y concordancias extranjeras**

Concuerdan con el artículo 1328 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1229 —también agrega que es nulo cualquier pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el hecho de un deudor o de sus auxiliares constituye violación de obligaciones derivadas de normas de orden público—), Chileno (artículo 1465), Boliviano de 1976 (artículo 350), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 856), Helénico (artículo 332), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 105) y de la República de China de 1930 (artículo 222).

Los Códigos Civiles Panameño (artículo 987) y Mexicano (artículo 2106) establecen que la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula.

Por su parte, el Código Argentino (artículo 507) prescribe que el dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación.

El Código Portorriqueño de 1930 establece (artículo 1055) que la responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones; agregando que la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula.

De otro lado, el Código Alemán (artículo 276) dispone que el deudor, en tanto no esté determinada otra cosa, ha de responder del dolo y de la culpa. Obra culposamente quien desatiende la diligencia exigible en el tráfico. Añade que la responsabilidad a causa de dolo no puede ser anticipadamente dispensada al deudor.

En lo que respecta a las cláusulas exoneratorias y limitativas de responsabilidad, el Código Civil aborda el tema en dos aspectos. El primero se refiere a la nulidad de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga; en tanto que el segundo está referido a la nulidad de las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

24.1. El caso del dolo y la culpa inexcusable

Como ha sido analizado oportunamente, el artículo 1318 del Código Civil establece que procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación; en tanto que el artículo 1319 señala que incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Independientemente del elemento volitivo, en cuanto a querer incumplir con la obligación, que se halla presente en el dolo y no en la culpa inexcusable, en múltiples casos, como sabemos, la línea divisoria entre el incumplimiento doloso y el que obedece a culpa inexcusable es lo suficientemente tenue como para que el Derecho peruano haya considerado irrelevante —en materia de consecuencias jurídicas— si el incumplimiento de la obligación obedece a una causa o a la otra.

Esto, por la conocida expresión de los Mazeaud, en el sentido de que las consecuencias de la culpa inexcusable deben asimilarse a las del dolo «para que el malvado no se haga pasar por imbécil».

Las cláusulas exoneratorias de responsabilidad son aquellas en virtud de las cuales el deudor no respondería por los daños y perjuicios causados al acreedor si su incumplimiento obedeciera a dolo o culpa inexcusable.

Por su parte, las cláusulas limitativas de responsabilidad son aquellas en virtud de las cuales se pactan montos indemnizatorios muchas veces diminutos o notablemente reducidos, para los casos en los cuales el deudor incumpla sus obligaciones por dolo o culpa inexcusable.

Habida cuenta de que el Derecho asimila las consecuencias de la culpa inexcusable a las del actuar doloso, lo que se quiere evitar con el primer párrafo del artículo 1328 del Código Civil es un incumplimiento impune por el deudor de la obligación, quien —de ser válidas esas cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad— se vería liberado o considerablemente aliviado, a pesar de haber inejecutado la prestación por dolo o culpa inexcusable.

Si fuesen válidas las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad, cuando el deudor incumple por dolo o culpa inexcusable, en la práctica le sería indiferente cumplir o incumplir, ya que las consecuencias de su eventual incumplimiento no acarrearían el deber de resarcir los daños y perjuicios causados. Se trataría de lo que podríamos denominar como un «incumplimiento impune».

Si lo quisiéramos ver desde otra perspectiva, hasta se podría decir que el deudor se encontraría en una situación muy similar a aquella en la que se hallaría de no haber asumido la obligación, ya que con su sola voluntad de no ejecutar la prestación, podría obtener una liberación que el Derecho de Obligaciones no podría concederle de manera unilateral y abusiva.

Acierta el primer párrafo del artículo 1328 al extender la nulidad de las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad para los supuestos en que el deudor se valga de terceros para el cumplimiento

de sus obligaciones, tema a cuyo tratamiento remitimos al lector.

24.2. El caso de las obligaciones derivadas de normas de orden público

El segundo párrafo del artículo 1328 del Código Civil, establece la nulidad de las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad para los casos en que el deudor o los terceros de quienes este se valga para el cumplimiento, violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

La solución contenida en la norma citada es de plena coherencia, en la medida en que a través de una estipulación contractual no se podría contravenir normas de orden público, vale decir, preceptos de carácter imperativo.

Mal podría pensarse que las partes tendrían derecho de exonerar o limitar la responsabilidad del deudor en caso de que este violara preceptos de orden público, ya que si así fuese se estaría permitiendo la derogatoria de la ley por un contrato.

25. Probanza de la imputabilidad

Como sabemos, el incumplimiento de una obligación puede obedecer a causas imputables o no al deudor.

En este rubro nos ocuparemos del tema de la carga probatoria de la imputabilidad ante el incumplimiento.

Si bien es cierto que una obligación puede incumplirse por dolo, culpa inexcusable, culpa leve (vale decir, por causas imputables al deudor) o habiendo mediado caso fortuito, fuerza mayor, o a pesar de que el deudor hubiere empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (vale decir, por causas no imputables al deudor), es evidente que con frecuencia las obligaciones se incumplen por causas imputables a los deudores.

Por ello, la ley peruana ha adoptado una presunción de culpa en el incumplimiento, dado que el artículo 1329 del Código Civil establece que «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».[817]

[817] - **Fuentes nacionales del artículo 1329**
Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.
El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, trataba el tema en su artículo 744: «No hay lugar a daños e intereses, cuando una fuerza superior, o un caso fortuito ha impedido al deudor dar o hacer lo que se había obligado, o lo ha forzado a hacer lo que se le había prohibido»; mientras que el Código Civil de 1852, lo hacía en el numeral 2275: «El obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido, por caso fortuito, está en el deber de probar su inculpabilidad»; el Proyecto de Código Civil de 1890, en los artículos 1441: «Ni la culpa ni el dolo se presumen: deben ser probados por el que los alega en su favor»; y 3045: «El obligado a entregar una cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito, está obligado a probar su inculpabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 3047».
Por otra parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba el tema en su artículo 319: «El obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido, por caso fortuito, está en el deber de probar su inculpabilidad»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en el numeral 305; «El obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido, por caso fortuito, está en el deber de probar su inculpabilidad»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1315: «El obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito o fuerza mayor, está en el deber de probar su inculpabilidad»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1326: «El obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido, por caso fortuito o fuerza mayor, está en el deber de probar su inculpabilidad».
Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, no tocaba el tema.
Por su parte, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en su artículo 185: «Se presume, salvo prueba en contrario, que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor»; mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, regulaba el tema en el artículo 1348: «Se presume, salvo prueba en contrario, que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, prescribía en el artículo 1296; «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».
- **Fuentes y concordancias extranjeras**
Concuerda con el artículo 1329 del Código Civil Peruano, el Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1071).

Pero, como podrá apreciar el lector, la presunción establecida por el artículo 1329, no atribuye una actitud dolosa al deudor incumpliente. En otras palabras, no se presume que el deudor incumplió deliberadamente su obligación. Tampoco se presume que el incumplimiento del deudor obedeció al más severo grado de culpa, vale decir, a culpa inexcusable. La presunción del precepto citado parte de considerar que el deudor inejecutó su obligación por el grado más benigno de culpa, es decir, por culpa leve.

De otro lado, resulta claro que la presunción establecida por el artículo 1329 es *iuris tantum*, lo que equivale a decir que admite prueba en contrario.

Así, si el deudor no hubiese incumplido por causa que le fuere imputable, tendría el derecho de probar en juicio que su incumplimiento obedeció a causa no imputable, vale decir, que actuó con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, o que incumplió por haberse producido un caso fortuito o de fuerza mayor.

Si el deudor llegara a demostrar tal condición, se vería exonerado del pago de cualquier indemnización por concepto de daños y perjuicios, dentro del marco de lo que hemos venido expresando a lo largo de nuestro Tratado.

Pero nótese que cuando la ley establece la presunción de culpa leve en el artículo 1329 del Código Civil, ello tiene como correlato

lo preceptuado por el tercer párrafo del artículo 1321, en el sentido que si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída. Esto equivale a decir que el incumplimiento que obedezca a culpa leve no obliga al deudor a indemnizar los daños y perjuicios de carácter imprevisible, sino solamente aquellos previsibles.

Por ello, el acreedor que ve incumplida la obligación, podría no encontrarse conforme con la presunción del artículo 1329 del Código Civil, si no le basta con ser indemnizado por los daños y perjuicios previsibles, sino también requerir el pago de los imprevisibles.

Dentro de tal orden de ideas, el acreedor tendría el interés y el derecho de probar en juicio que el deudor incumplió por dolo o por culpa inexcusable (desvirtuando la presunción del artículo 1329), para que se apliquen las consecuencias establecidas por el numeral 1321, en cuanto a que el deudor que incumple por dolo o culpa inexcusable debe indemnizar la integridad de los daños y perjuicios causados al acreedor (es decir, los previsibles y los imprevisibles).

De allí que el Código Civil Peruano de 1984 establezca en el artículo 1330 que «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».[818]

[818] - **Fuentes nacionales del artículo 1330**
Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.
El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, trataba el tema en su artículo 903: «El que reclama el cumplimiento de una obligación debe probarla. Igualmente el que se cree libre debe justificar el pago, o el hecho que ha producido la extinción de la obligación».
No registran antecedentes sobre este tema, el Código Civil de 1852; el Proyecto de

En síntesis, podemos expresar que el régimen probatorio establecido por el Código Civil, con relación a la imputabilidad de los daños y perjuicios, es, a nuestro juicio, equitativo y adecuado, preservando tanto los derechos del deudor como los del acreedor, y partiendo de los supuestos que resultan más comunes en la práctica.

26. Probanza de los daños y perjuicios y de su cuantía

El régimen probatorio del Derecho Procesal Civil se basa en la regla de que aquel que alega un hecho debe probarlo.

En este sentido, el Código Civil Peruano de 1984 establece en su artículo 1331 que «La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».[819]

Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; el Código Civil de 1936; ni la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.
El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, regulaba la materia en su artículo 186: «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hacía en el numeral 1349: «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1297: «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

[819] - **Fuentes nacionales del artículo 1331**
Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.
El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, tocaba el tema en su artículo 903: «El que reclama el cumplimiento de una obligación debe probarla. Igualmente el que se cree libre debe justificar el pago, o el hecho que ha producido la extinción de la obligación».

En este punto debemos precisar, ante todo, que la norma mencionada no se refiere a la existencia del incumplimiento en sí, como tampoco a quién resulta imputable por dicho incumplimiento, temas propios de los artículos 1229 y 1329 y 1330, respectivamente.

El artículo 1331 dispone que es la parte perjudicada la que debe probar la existencia de los daños y perjuicios y de su cuantía.

Esta norma resulta en extremo importante, en la medida que muchas veces se suele identificar y establecer una correspondencia, no siempre presente, entre el incumplimiento de una obligación y la existencia de daños y perjuicios.

Si bien es cierto que en muchos casos el incumplimiento de las obligaciones acarreará daños y perjuicios en detrimento del acreedor de la prestación, ello no siempre será así, en la medida que en ocasiones el incumplimiento de la obligación no causa perjuicio alguno al acreedor e incluso puede acarrearle beneficios.

No registraron antecedentes sobre la materia, el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; el Código Civil de 1936; y la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.
El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, trataba el punto en el artículo 187: «La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hacía en el numeral 1350: «La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1298: «La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Un ejemplo en el que el incumplimiento de la obligación no causa daños ni perjuicios al acreedor, pero tampoco lo beneficia, podría ser aquel en el cual un profesor que ha sido contratado para dictar un curso en la Facultad de Derecho de una Universidad (es decir, que ha asumido una obligación de hacer con dicha Casa de Estudios) desiste de ello, enviando una carta a la Universidad disculpándose por no poder dictar el semestre para el que fue contratado.

Si el Departamento Académico de la Facultad toma inmediato conocimiento del asunto y procede a buscar a un profesor que lo reemplace y encuentra inmediatamente a un catedrático de similares calidades académicas, profesionales y personales —que acepta dictar—, será evidente que el incumplimiento de esa obligación, por parte del primer profesor, no habrá ocasionado perjuicio alguno a la Universidad, pero evidentemente dicho incumplimiento tampoco le habría beneficiado.

Por otra parte, podríamos citar un ejemplo en el cual el incumplimiento del deudor origine beneficios patrimoniales al acreedor.

Imaginemos a una persona que da una orden de compra a una Sociedad Agente de Bolsa para que adquiera en la rueda de Bolsa de un día viernes, una cantidad de acciones muy apreciable de una determinada empresa financiera.

El empleado de la Sociedad Agente de Bolsa que debía encargarse de realizar la operación, decide no ir a trabajar ese viernes, y prefiere —de manera deliberada— irse a tomar el sol a su casa de playa.

A las dos de la tarde del día viernes en cuya mañana debió realizar la operación de compra de esas acciones (por un monto aproximado a US$ 1'000,000.00), la citada entidad financiera es intervenida y declarada en proceso de liquidación por la Superintendencia de Banca y Seguros.

Resulta evidente que en este caso el cliente de la Sociedad Agente de Bolsa ha sufrido el incumplimiento de la obligación que dicha sociedad contrajo con él. También es claro que el incumplimiento de esa obligación obedeció a dolo del deudor, pues se trató de un incumplimiento deliberado, en los términos del artículo 1318 del Código Civil.

Pero aquí es obvio que el cliente no solo no se ha perjudicado por el incumplimiento de la obligación, sino, muy por el contrario, se ha visto altamente beneficiado por tal incumplimiento, ya que él le ha evitado perder la fortuna que iba a invertir en comprar el paquete accionario de la entidad financiera, que luego de su intervención y liquidación por la Superintendencia de Banca y Seguros no valdría absolutamente nada.

Pero más allá de los ejemplos citados, y volviendo a lo preceptuado por el artículo 1331 del Código Civil, es claro que la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde a quien se sienta perjudicado, y que tales daños y perjuicios no aparecen siempre, lo que ha quedado demostrado con los ejemplos expuestos.

Nótese también que el referido artículo 1331 no solo establece la obligatoriedad del acreedor perjudicado de probar la existencia de los daños y perjuicios que hubiere sufrido, sino adicionalmente su cuantía.

Sin embargo, no son pocos los casos en los cuales el acreedor perjudicado, si bien puede demostrar la existencia de los daños y perjuicios, se ve en la imposibilidad de probar con exactitud su cuantía.

Situaciones como estas ocurren a menudo en materia de daños y perjuicios de carácter patrimonial, pero se presentan con mayor frecuencia cuando nos encontramos ante un daño moral, fundamentalmente subjetivo, que con frecuencia impide que el perjudicado pueda acreditar con exactitud su monto.

Es justamente por estas consideraciones que el legislador de 1984 ha acertado al establecer en el artículo 1332 del Código Civil que «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa».[820]

Sin embargo, es requisito indispensable para aplicar esta norma el hecho de que se haya probado la existencia de los daños y perjuicios. Ello es requisito ineludible. En ese supuesto, será probable que no se hubiese podido probar el monto exacto. Ahí es que se aplica esta norma; nunca si es que no se ha probado la existencia de dichos daños y perjuicios.

La justicia de la norma salta a la vista, en la medida que el Código Civil está protegiendo al acreedor perjudicado y que merece ser

---

[820] - **Fuentes nacionales del artículo 1332**
Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; ni en el Código Civil de 1936.
La Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, trataba el tema en su artículo 193: «Si el daño no puede ser probado en su monto preciso, debe ser liquidado por el juez con valoración equitativa»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el numeral 188: «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1351: «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1299: «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa».
- **Fuentes y concordancias extranjeras**
Concuerda con el artículo 1332 del Código Civil Peruano de 1984 el artículo 1226 del Código Civil Italiano de 1942.

indemnizado; acreedor que se vería privado de indemnización en caso de que no llegase a demostrar la cuantía precisa de los daños y perjuicios sufridos.

Por lo demás, el citado precepto (artículo 1332) remite a la necesidad de que en tales casos los jueces deban realizar una valoración de carácter equitativo. Si bien es cierto que estas expresiones tienen un hondo contenido subjetivo, no es menos cierto que en casos extremos como estos resultaría imposible adoptar una solución que fuere más precisa y más justa. De ahí la pertinencia de la norma.

27. La teoría general de la responsabilidad civil y el análisis de diversas responsabilidades especiales*

Existe, según hemos visto, infinidad de supuestos en los que la línea divisoria entre la responsabilidad contractual y la extracontractual es muy tenue, ya que se presentan múltiples situaciones en donde se combinan en la práctica ambas responsabilidades. Un mismo supuesto, con distintas variantes, puede conducirnos a una u otra responsabilidad, lo que equivale a decir, en otras palabras, que en muchos casos solo constituirá una cuestión de matiz el que medie contrato entre las partes o exista ausencia de cualquier mecanismo contractual previo entre ellas.

No obstante lo dicho, en diversas circunstancias, tanto para uno como para otro caso, las soluciones que esboza la doctrina vienen a ser prácticamente las mismas.

Es por esta razón, que más allá de las consideraciones generales analizadas en torno a la responsabilidad civil contractual y extracon-

* Los autores agradecemos la valiosa colaboración de la señorita Verónica Rosas Berastain en esta parte de nuestro Tratado.

tractual, hemos creído conveniente detenernos en el estudio de una serie de casos, especialmente en aquellos que son más representativos en la doctrina y jurisprudencia de nuestra tradición jurídica.

Probablemente indagar sobre la responsabilidad civil desde una perspectiva casuística, nos haga reflexionar de una manera más sencilla y adecuada, a fin de obtener conclusiones valederas respecto al tema.

Otro elemento que nos ha llevado a proceder de esta manera es que consideramos que el Derecho debe estar de la mano con la lógica, y que en tal sentido las expresiones que vayamos a verter sobre cada uno de los temas que serán estudiados, requiere que el caso concreto merezca una sana reflexión y nos conduzca a un análisis que revista validez para el lector. Con ello queremos expresar que la responsabilidad civil no puede ser vista con carácter dogmático, y que en ella no resultan aceptables consideraciones fundamentalistas que nieguen la posibilidad de interpretar los casos concretos desde una perspectiva lógica y racional.

Consideramos que asumir tales posiciones, equivaldría a negar la posibilidad de estudiar esos supuestos desde más de una perspectiva, lo que constituiría la negación misma del objetivo que debe tener todo investigador, que no es otro que la búsqueda de la verdad, tratando de asumir y defender sus propios planteamientos, pero analizando y respetando aquellos ajenos y rescatando de los mismos todo lo que tuvieran de positivo.

El análisis casuístico de la responsabilidad civil demuestra que muchas de las teorías o concepciones que algunos consideran novedosas, simplemente no lo son, pues su formulación, sea implícita o explícita, se ha venido dando desde hace mucho tiempo.

Nuestro estudio propone al lector no ver el tema de la responsabilidad civil como un dogma, pues ello equivaldría a condenarnos per-

petuamente en determinados conceptos, de los cuales, aunque quisiéramos, no podríamos salir.

Por lo demás, el análisis casuístico nos plantea entrar a un juego similar al de armar un rompecabezas, con la ventaja de que tendrá un elemento que le dará mayor interés, consistente en que todas las piezas de dicho rompecabezas no se encuentran elaboradas de antemano, sino que nos encargaremos de construirlas una por una.

Así, el reto será mayor, pues al comenzar este examen resulta evidente que no tenemos a la vista la figura que hay que armar, ni mucho menos las figuras que se encuentran en cada una de las piezas de ese rompecabezas. De esta forma, todo está por construir, todo está por elaborar; nada será asumido como verdad absoluta.

Ahora bien, debemos advertir al lector que el estudio que estamos iniciando va a conducirnos, inevitablemente, a referirnos a algunos preceptos del Código Civil Peruano, a fin de apreciar si la aplicación de los mismos resulta lógica o coherente a cada caso concreto. Ello nos permitirá poder afirmar o negar la pertinencia de dichas normas dentro de nuestro ordenamiento legal.

Son innumerables los supuestos que pueden imaginarse en torno a la responsabilidad civil. Es más, cada persona podría, sin mayor esfuerzo, crear una serie de hipótesis ligadas ya sea a su vida diaria o a un interés académico o profesional respecto de este tema. Sin embargo, con ello no afirmamos que vamos a estudiar todo lo que se nos pueda ocurrir, o todo aquello que haya sido materia de creación doctrinaria o jurisprudencial, pues nos vamos a centrar en los casos que consideramos más importantes tanto en el terreno práctico como en el teórico.

En adelante nuestras reflexiones al respecto.

27.1. Responsabilidad civil colectiva

El resultado dañoso, elemento indispensable de la responsabilidad civil, puede derivar no solo del actuar individual de una persona determinada, sino también de la concurrencia de varios sujetos ligados en la producción de dicho resultado.

Según ese criterio distintivo, la responsabilidad civil puede ser tanto individual como colectiva.

Será individual cuando el daño es causado por persona determinada o por varias personas individualmente determinadas, o por las cosas (animadas o inanimadas) pertenecientes a uno o varios sujetos también individualmente determinados.

En cambio, habrá responsabilidad colectiva cuando el sujeto no está individualizado entre un grupo de posibles responsables.

La doctrina considera que a este tipo de responsabilidad correspondería llamarla «responsabilidad anónima», pues tal como se denominan anónimas las obras de autor desconocido, igualmente podría así calificarse esta situación, por ignorarse quién es el autor del daño, aunque se considera que la autoría es anónima pero no la responsabilidad, que le incumbe a todos los integrantes del grupo una vez individualizados.

Alterini y López Cabana[821] indican que los perjuicios causados conjuntamente por una pluralidad de personas mediante un acto ilícito en el que toman parte como coautores, inductores o auxiliares, y los que son producidos independientemente por más de un individuo, pueden ser agrupados bajo un mismo principio común: si varios

[821] Alterini, Atilio y Roberto N. López Cabana. *Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil*, p. 227.

obran dolosa o culposamente, responde de todo el daño todo aquel que ha causado el resultado total.

Informa la doctrina que la sistemática posclásica del Derecho Romano incorporó a la responsabilidad colectiva como un caso excepcional de cuasidelito *(Actiones in fatum pretorias: De effusis et dejectis, De positis vel suspensis)*. En dicha época eran muy frecuentes los daños causados por cosas arrojadas o caídas de un inmueble; entonces, ante la necesidad de no dejar a las víctimas sin la consiguiente reparación de los daños causados, porque no se sabía quien arrojó dichas cosas o quien las colocó, se impuso la obligación de indemnizar a todos los ocupantes del inmueble en proporción a su interés en el mismo.

En la actualidad, al abrirse el camino del reconocimiento de toda víctima a su derecho a ser indemnizada, la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, admiten la responsabilidad colectiva, debido sobre todo a la multiplicación de actividades grupales ante las cuales el Derecho no puede permanecer indiferente.[822]

[822] El Código Civil Peruano de 1984, por ejemplo, se ocupa de la denominada responsabilidad «concurrente», en los artículos 1978 y 1983.
A modo ilustrativo, presentamos a continuación el texto de los referidos numerales:
Artículo 1978.- «También es responsable del daño aquel que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias».
Artículo 1983.- «Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel 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 repartición se hará por partes iguales».
Ambas situaciones resultan —dentro del contexto del Código Nacional—, enmarcadas dentro de la denominada responsabilidad colectiva, aunque, según se aprecia, sus efectos son distintos.
En la responsabilidad por incitación o ayuda (ya analizada en lo referente a la responsabilidad extracontractual indirecta), el grado de responsabilidad del agente mediato será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias; es decir, no hay solidaridad alguna, y como esta no se presume, no puede aplicarse al caso previsto en el artículo 1978.
En cambio, la situación contemplada en el numeral 1983, es la relativa a que varias personas actúen conjuntamente, causando el daño; en ese sentido, son responsables solidarios. Puede ocurrir que por razón de dicha solidaridad, uno de los obligados pague la totalidad de la indemnización; entonces, este tendría derecho a repetir contra los otros deudores, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Sin embargo, cuando no es posible determinar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará en partes iguales.

Según expresan los autores consultados, la responsabilidad colectiva no debe entenderse necesariamente como «responsabilidad plural o de varios sujetos individualizados, por su participación conjunta o concurrente en la ejecución de un acto ilícito»,[823] ya que en ese caso la responsabilidad continúa siendo individual aunque múltiple.

Veamos las formas a través de las cuales se puede presentar la intervención de varias personas en un acto ilícito.

(a) Intervención conjunta o común

Existe intervención conjunta o común en el acto ilícito, cuando hay varias personas que cooperan en la producción del mismo resultado dañoso.

Se considera que no resulta indispensable que el acto de un sujeto sea la causa exclusiva del perjuicio, ya que el enlace causal no necesariamente se presenta entre un solo hecho y el resultado dañoso que ese hecho produce.

El fundamento para que surja la obligación de indemnizar nace, según la doctrina, de que dichas actividades, en conexión con las demás, dan origen al daño.

[823] Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, pp. 538 y 539.

Al respecto, Enneccerus y Lehmann[824] indican que cada participante —ya sea como autor, consejero, cómplice o auxiliar— opera en relación causal en pro del efecto del acto conjunto, aunque no haya perpetrado personalmente aquella parte del acto que es la determinante inmediata del resultado contrario a Derecho. De ahí su responsabilidad por el todo.

Asimismo, esa intervención puede asumir el carácter de coautoría o de mera participación.

Hay coautoría cuando los que intervienen conciben en común la ejecución conjunta de un hecho, sea con intención dolosa o con la simple realización de actos imprudentes de los que resulte perjudicado un tercero.

La mera participación se presenta cuando varias personas, sin concertarse previamente, ejecutan actos culposos que coinciden en tiempo y lugar, constituyendo la causa común de un mismo daño.

Un ejemplo que ilustra la situación planteada sería el de dos autos circulando por avenidas paralelas, y que llegando a la intersección se cruzan y chocan entre sí, y al deslizarse en una de las veredas, lesionan a un transeúnte.

Al respecto, Llambías[825] señala que la mera participación acarrea la presencia de un cuasidelito originado por la acción de varios, accidentalmente conectada para la producción de un único daño.

[824] Citados por Alterini, Atilio A. y Roberto López Cabana. *Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil. Op. cit.*, pp. 225 y 226.

[825] Citado por Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil. Op. cit.*, p. 540.

En suma, la responsabilidad es individual, pues cada uno de los coautores o copartícipes se halla individualizado y se ha probado la relación de causalidad entre el daño y el hecho. La circunstancia de que estos deban responder solidariamente —dice Bustamante Alsina,[826] comentando el artículo 1081 del Código Civil Argentino—, no cambia la idea de que allí la responsabilidad es individual y no colectiva, porque esta última nace del régimen de atribución de esa responsabilidad y no del efecto que la ley le asigna, en cuanto al modo de quedar obligados los responsables.

(b) Intervención acumulativa o concurrente

Se da cuando el resultado dañoso es provocado por la acción independiente entre sí de dos o más personas, pero que, aun sin mediar el hecho de la otra, el resultado se produce de todas maneras. En ese caso, cada interviniente responde por la totalidad del daño.

Así, por ejemplo, si dos empresas industriales arrojan sus desechos a un río colindante, contaminando sus aguas, o si dos sujetos administran separadamente una poción venenosa a una persona, incurrirían en responsabilidad colectiva concurrente.

(c) Intervención disyuntiva o alternativa

Se presenta cuando el hecho aparece atribuible a una u otra persona de manera excluyente; en ese sentido, existe dificultad de probar la relación causal, como cuando el daño se origina con la acción de un individuo no identificado dentro de un grupo determinado.

[826] *Ibidem*, p. 541.

> En otras palabras, en este supuesto, uno u otro (individuos) ha causado el daño, pero ante la imposibilidad de individualizar al autor del daño (probar la relación causal): ¿quién responderá?, ¿nadie?, ¿responden todos?, ¿aun aquellos que no ejecutaron el hecho que produjo el daño? En ello radica la cuestión de la responsabilidad civil colectiva.
>
> A decir de la doctrina, aquí juega un papel fundamental una eventualidad de orden procesal: la dificultad probatoria que impide la determinación del autor o de aquel que tiene el control o dominio de las cosas productoras del perjuicio y consecuentemente obstaculiza la reconstrucción de la relación de causalidad.[827]
>
> Los autores franceses refieren que la dificultad probatoria debe estar relacionada solamente a la identificación del autor material o del dueño o guardián de las cosas, ya que es imprescindible la acreditación de que el daño lo ha causado «alguno» de entre varios individuos determinados.
>
> Claro está que si no se encuentran bases jurídicas para sustentar la responsabilidad de todos esos sujetos, la solución no puede ser otra que la irresponsabilidad total.

En torno al fundamento de la responsabilidad colectiva se han desarrollado diversas posiciones, a saber:

Una primera sustentada por Aberkane y Carbonnier señala que la responsabilidad colectiva no es más que una prolongación de la teoría de la responsabilidad moral. En virtud de ello, el grupo estaría obligado como una «persona de hecho», al constituir una realidad socio-

[827] Alterini, Atilio Aníbal y Roberto M. López Cabana. *Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil. Op. cit.*, p. 228.

lógica que el Derecho no puede desconocer; y estarían excluidos todos los daños provocados por un individuo anónimo en una colectividad reunida fortuitamente.

La crítica a esta primera postura es que la calidad del grupo no es la que determina el régimen jurídico, sino —según se indicara—, la circunstancia accidental de no poder identificar al autor; pues de ser así, la responsabilidad no sería del grupo sino individual, al haberse identificado al autor, igual que si alguno de los integrantes del grupo probase su no participación.

La segunda posición, expuesta por Postacioclu, se refiere a los accidentes de caza, aunque según el ponente, es susceptible de generalización.

Según dicho autor, los fusiles de quienes no han provocado materialmente el accidente, pueden ser considerados responsables, por su «intervención causal», pues ellos no han concurrido menos por la simultaneidad de los disparos. A la desaparición de los medios de prueba que la víctima hubiese tenido a su disposición, cada cazador sería el autor del hecho que ha producido la confusión de los medios de prueba, llegando, en la actualidad, a su total desaparición. Pero no puede hablarse aquí de culpa, pues ninguna negligencia se puede imputar al cazador. Tampoco —dice Postacioclu—, es el hecho de la cosa, porque no es el disparo del fusil el que ha destruido la prueba, sino el hecho del cazador de haber disparado al mismo tiempo que los otros.

Con referencia a esta posición, Ripert[828] propone imponer a todos los cazadores la prueba de que la intervención de sus respectivos

[828] Citado por Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil. Op. cit.*, pp. 553 y 554.

fusiles ha sido pasiva, pues a ellos corresponde demostrar que la cosa ha tenido una intervención pasiva en el hecho dañoso. Mientras los cazadores no aporten esta prueba, se les presume responsables del daño en forma solidaria.

Finalmente, otra posición ubica el fundamento de la responsabilidad colectiva, justificando su carácter subsidiario en relación con la responsabilidad individual, cuando la prueba de la imputabilidad ha podido repartirse entre todos los autores posibles.

Esmein —a quien los autores consultados presentan como el ponente de esta posición— señala que cuando se ha hecho la prueba de todas las condiciones de la responsabilidad contra un miembro ideal del grupo, la identificación del autor material es una cuestión interna de la colectividad. A los autores posibles, dice el referido profesor, incumbe la carga de establecerla entre ellos. Si no lo pueden hacer serán considerados como coautores solidarios.

Dentro de ese contexto, apunta la doctrina que la responsabilidad colectiva se admite cuando no se ha podido identificar al autor material; es decir, si se individualiza a uno como autor, los demás no responden.

Asimismo, se señala que existe responsabilidad colectiva cuando, no identificado el autor, la prueba de la causa del daño se puede hacer con relación a todos los autores posibles; luego, si uno de ellos demuestra que no ha podido causar el hecho dañoso, queda excluido de la responsabilidad del grupo.

Dicho fundamento puede resumirse en tres condiciones que la doctrina presenta como indispensables para el funcionamiento de la responsabilidad civil colectiva, esto es:

(a) Falta de individualización del autor del daño.

(b) Prueba de la participación de todos los autores posibles en la acción riesgosa de tal grupo, sea esta lícita o ilícita.

(c) Demostración de la relación causal entre el daño y la acción no particularizada del grupo.

Dentro de tal orden de ideas, la aplicación de la responsabilidad colectiva se centra en su aspecto subsidiario con relación a la responsabilidad individual; y dentro de las ventajas que se destacan en ella están las siguientes:

- Resulta fundamentalmente beneficiosa para la víctima que es ajena a la acción anónima de un grupo de «lesionantes», toda vez que aquélla no deja de ser indemnizada.
- La condena del daño entre todos los miembros del grupo. Ello mismo constituye una ventaja para los «agresores», toda vez que se hace menos pesada la carga impuesta.
- La condenación de todos, en caso de anonimato, destruye la posible maniobra de estos para no facilitar la identificación del causante del daño a fin de lograr la absolución e irresponsabilidad del conjunto.

27.2. Responsabilidad civil por repercusión o rebote

Lo habitual es que la ocurrencia de un hecho dañoso cause el perjuicio directo a los personalmente afectados con el suceso.

Sin duda, cuando la víctima del daño es una sola, ella es la única titular del derecho a la reparación correspondiente.

Sin embargo, a consecuencia de ese mismo hecho ilícito, se pueden producir también perjuicios materiales o morales a otros sujetos que mantienen alguna vinculación con los directa e inicialmente lastimados. Estos otros sujetos pueden ser, por ejemplo, los familiares que dependen económicamente de la víctima o los que con ella se

han vinculado comercial o profesionalmente. Es esta la figura de la responsabilidad por rebote o repercusión.

Así, la doctrina entiende que el daño por repercusión o rebote nace a consecuencia del perjuicio provocado a una víctima inicial de un hecho ilícito, y que afecta a personas diversas del sujeto inmediatamente perjudicado.

En estricto, dichas personas no son víctimas inmediatas del hecho ilícito, pero a pesar de no haber sido afectadas directamente, sí lo han sido en sus sentimientos, en su subsistencia, o por los gastos en que deban incurrir derivados de los daños de la víctima «inicial», y sufren también un perjuicio a consecuencia del daño.

Según esa apreciación, los autores franceses señalan que con la responsabilidad por rebote o repercusión, existen dos víctimas, dos acciones, pero un solo hecho perjudicial.

Considera la doctrina que el principal problema de la responsabilidad por repercusión o rebote se centra en determinar quiénes son las personas verdaderamente legitimadas para recibir una indemnización, puesto que la cadena de perjudicados podría ser sorprendente.

Para algunos, dicha problemática encuentra una solución sencilla: «todo el que ha sufrido un daño tiene la prerrogativa de ser indemnizado; luego, todo perjudicado, sin importancia del monto de su perjuicio, tiene la opción de pretender ser indemnizado».[829]

Para otros, sin embargo, la respuesta planteada es tan solo teórica, más aún cuando si se le pretende aplicar sin restricciones o limitaciones, la lista de personas afectadas podría ser interminable.

[829] Elorriaga De Bonis, Fabián. «Del daño por repercusión o rebote». *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n.º 2, Sección Estudios, 1999, p. 372.

A fin de resolver dichas cuestiones, la doctrina plantea dos principios: el de certidumbre del daño y el del interés legítimo lesionado.

El primer principio se refiere no a la cuantía del daño, sino a que este efectivamente haya ocurrido, de ahí que el hecho dañoso deba ser cierto, real y efectivo.

Así, Alessandri Rodríguez[830] indica que un daño puede ser insignificante desde el punto de vista de su cuantía y no por ello deja de ser cierto y también puede ocurrir que su acreditación por los medios de prueba legales tampoco sea fácil, mas eso tampoco lo priva de su carácter de cierto.

Al respecto, otro sector de la doctrina sostiene que el sentido de precisar la certidumbre del daño viene dado por la limitación de los reclamantes de indemnización.

Solo pueden pretenderla quienes tengan un perjuicio cierto, real y efectivo. Siendo así —dice Fabián Elorriaga—,[831] la condición o limitante no resulta verdaderamente efectiva, puesto que el daño de menor cuantía es cierto, y también lo es el difícilmente comprobable, lo que podría no excluir a alguno de los potenciales perjudicados.

En todo caso, según el citado autor, lo más relevante es que la limitación en el hecho, más que nada, viene dada por el aspecto probatorio. Será real el daño probado y el que no ha sido probado no podría ser considerado por el juez de la causa. En ese sentido, sostiene el referido autor, podría afirmarse que tendrían derecho a ser indemnizados todos aquellos que acrediten o prueben un daño, trasladando así el problema desde el ámbito sustancial al adjetivo. Cual-

[830] Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Chileno*. Santiago de Chile: Universitaria, 1943, p. 213.

[831] Elorriaga De Bonis, Fabián. *Op. cit.*, pp. 372 y 373.

quiera que acredite un daño tiene derecho a ser compensado por el culpable del hecho ilícito, independientemente de su relación de dependencia o cercanía con la víctima.

El segundo principio, el del interés legítimo lesionado, se refiere a que el daño debe afectar un interés lícito; es decir, uno conforme a la moral y a las buenas costumbres.

Este principio fue señalado como tal hace muchos años por la doctrina francesa, para excluir del derecho de indemnización a la concubina de la víctima de un hecho ilícito; pues lo que se pretende con dicho principio es exceptuar de la lista de eventuales víctimas a las que sustentan su demanda sobre la base de una relación ilícita con la víctima, o cuyo interés en ella o por ella no puede ser considerado como legítimo.

Cabe ahora delimitar qué personas concretamente pueden alcanzar una indemnización de parte del victimario del lesionado directo o inicial.

La doctrina, de un modo bastante didáctico, señala que las víctimas por rebote o repercusión pueden serlo o porque resultan perjudicadas en su patrimonio o porque fueron dañadas en su esfera moral o espiritual.

Analicemos cada una de las hipótesis.

27.2.1. Daño patrimonial por repercusión o rebote

El aspecto patrimonial de la responsabilidad por repercusión o rebote se presenta cuando una persona obtenía de otra ciertos recursos o fuentes de ingreso, pero a consecuencia del hecho ilícito dañoso, esta persona deviene en incapaz, fallece o merma su patrimonio; y ese acontecimiento determina que aquella resulte afectada materialmente, habida cuenta que se le priva de dicho recurso o ingreso económico.

Se plantean cuatro grupos de personas hipotéticamente perjudicadas patrimonialmente por rebote, a saber:

(a) Víctimas que tenían derecho a reclamar alimentos

Consideran la doctrina y la jurisprudencia extranjeras que la muerte o lesión de un sujeto daña o perjudica a las personas que revisten el carácter de alimentarios del directamente afectado con el hecho dañoso.

Como expresan Mazeaud y Tunc,[832] el daño se considera cierto, y además se entiende que se perjudica un interés legítimo, concretamente el de ser debidamente alimentado por quien tenía la obligación de hacerlo.

En ese sentido, se ha resuelto que en esta calidad de alimentario, tienen derecho a ser indemnizados todos aquellos a quienes la víctima directa proporcionaba alimentos, ya sea espontáneamente, ya en virtud de una sentencia judicial, como el cónyuge, los hijos, el padre y madre y los hermanos, salvo en cuanto continúen percibiendo alimentos con cargo a la herencia del causante, puesto que en tal caso no sufren daño alguno.

Asimismo, se plantea la duda de si es indispensable que estas personas hayan efectivamente percibido los alimentos antes de la muerte o la inhabilidad de la víctima directa, o si, por el contrario, solo cabía la posibilidad de que la víctima los hubiese socorrido en vida.

Sobre el particular, la doctrina sostiene que, al menos como principio, no es completamente necesario que las víctimas por repercusión o rebote se hubiesen encontrado percibiendo los

[832] Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Op. cit.*, tomo I, p. 390.

alimentos de la víctima directa o inicial (alimentante); basta la posibilidad de exigirlos en el futuro. De ahí que los autores franceses hagan hincapié que se está ante el titular de un crédito que la muerte o la lesión física del potencial alimentante ha hecho desaparecer, por lo que se trata de un perjuicio real, cierto y no meramente hipotético.

En todo caso, se señala que es indispensable demostrar que se tenía el derecho a los alimentos, no bastando el mero título legal, sino que además sería necesario que se cumplan los requisitos adicionales para este objeto, como el estado de necesidad de la víctima y las posibilidades del alimentante. De no darse estas condiciones no puede pretenderse, en principio, una indemnización por los alimentos perdidos, ya que en la práctica jamás se habrían obtenido de la víctima directa.

(b) Víctimas dependientes que no tenían derecho a alimentos

Dentro de esta situación se encuentran aquellas personas que viven a expensas de la víctima directa o inicial, pero que no tienen legalmente derecho a solicitarle alimentos conforme a las normas pertinentes. Puede tratarse, por ejemplo, de otros familiares, parientes por consaguinidad o por afinidad o incluso de personas con las que no haya vínculo de parentesco, pero que vivan con la víctima directa y dependan económicamente de ella.

En este sentido, la desaparición o inhabilitación de esa persona de la cual dependían, obviamente les causa un perjuicio material por rebote, al perder la fuente de sustento de la que habitualmente gozaban; pero ¿pueden estas personas pretender indemnización de parte del autor del daño?

En torno a este cuestionamiento, la legislación francesa se impone con la respuesta afirmativa, tanto para los familiares que

dependían de la víctima, como para aquellos que no siendo sus familiares están en situación similar y gozan del derecho a indemnización, a pesar de que legalmente no tienen derecho a demandar alimentos.

Al igual que en Francia, en Italia también se tutela las denominadas situaciones no jurídicas, pero deben estar dotadas de estabilidad y certeza, aun cuando no exista derecho a demandar alimentos. Autores como Bonasi han sostenido que no es indispensable la situación jurídica y que resulta válidamente indemnizable el perjuicio derivado de una situación de hecho, en la medida que su cesación ocasione la pérdida de utilidades concretas prestadas en forma continuada.

Asimismo, informa la doctrina que en Inglaterra la solución es similar, en donde dichas personas son denominadas *dependants in law;* pero dentro de este esquema, el demandante debe acreditar que era una persona que, a la época del accidente, dependía económicamente de la víctima directa o que razonablemente podía obtener de ella un provecho financiero en un futuro cercano.

En Chile, al menos desde el punto de vista doctrinario, la solución también es la misma. Según informa Fabián Elorriaga,[833] se ha entendido que tienen derecho a ser indemnizadas todas las personas en quienes repercute el daño, no siendo necesario que sean herederos o parientes de la víctima directa, puesto que su acción no deriva de esta, sino que les pertenece por derecho propio.

Sin embargo, en la jurisprudencia de ese país, la cuestión no es del todo clara. A veces, confundiendo el daño de la víctima di-

[833] Elorriaga De Bonis, Fabián. *Op. cit.*, p. 378.

recta con el de la víctima por rebote, se ha fallado que la madre ilegítima no puede demandar perjuicios por la muerte de su hijo, por no ser su heredera. Otras, se ha resuelto que el padre tiene derecho a una indemnización por la pérdida de los servicios que su hija menor hubiere podido prestarle en el futuro.

(c) Relacionados profesional o laboralmente con la víctima inicial

Es esta la situación de aquellas personas que si bien no están familiarmente relacionadas con la víctima directa, sí mantenían con ella relaciones de orden comercial, profesional o laboral; y que efectivamente la pérdida o lesión les cause una merma en las ganancias o rentas.

La doctrina las denomina «operaciones conjuntas» *(joint operations),* las mismas que se ven interrumpidas por el hecho ilícito dañoso en contra de la víctima directa.

Así, por ejemplo, la muerte de un socio, un alto ejecutivo de la empresa o de un trabajador sumamente relevante puede perjudicar (de una u otra forma) el aspecto económico de quienes mantenían con ellos una relación laboral, comercial o profesional.

La mayoría de autores consultados aceptan la noción de que todo perjudicado con el hecho ilícito precisa ser indemnizado, pero que en el ámbito de las relaciones profesionales o comerciales la solución debe ser bastante cauta.

La idea, dice Elorriaga,[834] es que para que una indemnización de perjuicios sea procedente teóricamente en estos casos, es necesario que la víctima directa del daño sea una persona verda-

[834] *Ibidem*, p. 382.

deramente insustituible en sus funciones profesionales, lo que, al parecer de la doctrina y de la jurisprudencia comparada, es bastante difícil, ya que en verdad, desde el punto de vista laboral, es muy raro que la persona accidentada sea verdaderamente irremplazable, debiendo ser acogida la acción exclusivamente cuando se tenga el verdadero sentimiento de un perjuicio efectivo y excepcional.

Por otra parte, señala el citado autor, el límite para estas pretensiones indemnizatorias viene dado por la exigencia de la prueba específica de las pérdidas económicas o de la clientela como consecuencia de la pérdida de la víctima inicial. Prueba que, como observa la doctrina, es difícil de aportar, con lo que esta reparación mantiene su carácter de excepcional, pero no porque por principio constituya una partida no indemnizable, sino porque no se aporta la prueba debida del perjuicio.

(d) Otras posibles víctimas reflejas por rebote

Dentro de este rubro, la doctrina ubica a aquellas personas que sin estar vinculadas familiar o laboralmente con la víctima directa, sí lo están económicamente, como es el caso de los acreedores, proveedores o contraparte en un contrato pendiente de ejecución, los hospitales o instituciones que han costeado la curación de sus lesiones o incluso el Estado, cuando ha perdido a un funcionario o ha debido costear sus remuneraciones a pesar de que este se encuentra en la imposibilidad de prestar el servicio que le es propio.

27.2.2. Daño moral por repercusión o rebote

Afirma la doctrina que en cuanto al daño moral por repercusión o rebote, las soluciones planteadas son las mismas que en lo concerniente al daño patrimonial.

En ese sentido, pueden demandar la indemnización los que sufren en razón del suceso y quienes son heridos en sus propios sentimientos y afectos, aunque no sean ni herederos ni parientes, puesto que la ley no tiene en cuenta un vínculo en particular ni limita la reparación de este daño a determinadas personas, a pesar de que no vivan a expensas de la víctima directa.

Al respecto, Mazeaud y Tunc[835] afirman que no cabe reservar la acción de indemnización tan solo a los parientes consanguíneos y afines que sean acreedores de alimentos; no se le podría reservar —dicen los profesores citados— para los parientes consanguíneos y por afinidad muy próximos (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas, suegros y suegras, yernos y nueras, cuñados y cuñadas), a los parientes en grado de suceder, o también solo a los que tengan un vínculo de parentesco consanguíneo o por afinidad reconocido por la ley. El pesar experimentado, finalizan los autores franceses, rebasa el círculo mismo de la familia, y es susceptible de afectar a cualquier persona.

La doctrina plantea, además, una suerte de orden de prelación entre los sujetos más cercanos a la víctima y los más lejanos, en el cual la indemnización de aquellos excluye la de estos.

Básicamente, dicen los autores, con ello se trata de establecer la premisa de que la compensación de los sujetos más cercanos a la víctima inicial debe considerarse reparación suficiente del mal causado, con independencia del daño real o efectivo que puedan haber sufrido otras personas o parientes más lejanos.

En ese sentido, dice Elorriaga,[836] si se acepta que el daño que experimentan las víctimas reflejas es independiente del que sufre la víctima inicial, en atención a que se trata de un perjuicio personal, debe aceptarse también que el daño que experimentan estas víctimas es igualmente independiente entre sí, y autónomo el uno del otro.

[835] Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Op. cit.*, tomo I, p. 450.
[836] Elorriaga De Bonis, Fabián. *Op. cit.*, p. 391.

La doctrina francesa también es partícipe de esta opinión. Así, Viney señala que la indemnización de las víctimas por rebote es una compensación individual y no colectiva.

Dentro de este contexto, la doctrina y jurisprudencia chilenas determinan que si bien parece razonable priorizar la indemnización de las víctimas por rebote más cercanas por sobre las más lejanas, no cabe confundir el daño de unas con los de otras, y el perjuicio de unos no puede ser comprendido en el de otros, dado que son autónomos e independientes. La acción de que goza cada perjudicado es independiente de la de los demás, por lo que pueden deducirse separadamente por cada uno de ellos, y la sentencia que se dicte no produce cosa juzgada en los demás. Puede incluso someterse a transacción o renunciarse, sin que ello afecte a las demás acciones, y si se ha pagado la indemnización a alguno de los perjudicados, ello no extingue el derecho de los otros.

Para concluir, podemos mencionar las siguientes características de la responsabilidad por repercusión o rebote:

(a) El daño por repercusión es el que soportan otras personas distintas de la primera y directa víctima a consecuencia de los mismos hechos.

(b) Como corolario de lo anterior, el daño de la víctima inicial con el que se experimenta por repercusión, coincide plenamente. Este hecho se aprecia, por ejemplo, en la hipótesis de lesiones de gravedad que han afectado a una persona y que la dañan física y moralmente, lo que a su turno produce el sufrimiento espiritual de quienes la rodean.

(c) Así, el daño por repercusión o rebote puede ser tanto uno patrimonial como moral.

(d) La reparación derivada del daño por rebote o repercusión es de carácter individual, y existe un secuencia excluyente entre los sujetos más cercanos a la víctima y los más lejanos, en la cual la compensación de aquellos excluye a la de estos.

(e) Asimismo, el daño soportado por la víctima refleja es independiente del que sufre la víctima directa, y autónomo el uno del otro.

(f) Basta que la víctima por rebote acredite su calidad de perjudicado, no siendo necesario que demuestre el carácter de heredero de la víctima directa, puesto que no demanda este carácter o condición.

(g) La doctrina se muestra unánime al considerar que cualquier indemnización que las víctimas reflejas obtengan por el daño que personalmente han sufrido, no integra la masa hereditaria, sino que forma parte del patrimonio personal del afectado. En ese sentido, los acreedores de la víctima directa no pueden hacer efectivas sus acreencias con esta indemnización, pero sí lo pueden hacer los acreedores personales de la víctima por repercusión.

(h) También se establece que si los perjudicados son varios, la suma que obtengan como indemnización se distribuirá entre ellos según el monto del daño que personalmente les afectó, y no de conformidad a las normas sucesorias, pues en este extremo ellas no son aplicables.

(i) En lo que respecta a la culpa contributiva de la víctima directa en el hecho ilícito dañoso, precisa la doctrina que solo podría hacerse valer en contra de ella o en contra de los que reclamen

indemnización en calidad de herederos, pero no en contra de los que soliciten una reparación por el daño personal, puesto que, como dicen los autores franceses, ellos no se pueden haber expuesto imprudentemente al daño.

(j) Finalmente, se establece que como los perjudicados por rebote accionan a título personal y no en calidad de herederos de la víctima directa, nada obsta a que si además de ser perjudicados son herederos de ella, puedan deducir también las acciones que correspondían al causante y que nacieron a consecuencia del hecho que en definitiva le ocasionó la muerte. En otras palabras, la acción indemnizatoria de la víctima por rebote, en principio, es transmisible por testamento o *ab intestato*, sea a título universal o singular, y los causahabientes, por tanto, pueden ejercitarla en la calidad que les corresponde. Asimismo, y dado que es una acción distinta de la que les toca personalmente, pueden deducirla conjunta o separadamente, ya que les corresponden ambas acciones, o bien pueden entablar solamente una de ellas.

27.3. Responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito entre sujetos que carecen de vínculo jurídico contractual

En la actualidad resulta inconcebible un mundo donde el transporte terrestre no se centre en los vehículos automotores. Lo que hace algunas décadas se consideraba una manifestación de riqueza, hoy, a la luz de una sociedad industrializada como la nuestra, es visto por todos como una necesidad de primer orden.

Son innegables las ventajas que trae consigo el uso vehicular. No obstante, también es innegable que se trata de un artefacto que impone un cuidado especial por parte de su usuario. La realidad nos muestra que a la par de los incontables beneficios que generan estas máquinas, se dan costos sociales que pueden ser muy altos.

Todos los días, a cada momento, se producen accidentes de tránsito. Estos accidentes implican un conflicto de intereses en tanto tienen como consecuencia inmediata la producción de un daño que requiere ser indemnizado. Son miles las víctimas que exigen que se les reconozca su derecho a ser resarcidas, ya sea porque sufrieron un perjuicio personal, uno patrimonial o, incluso, ambos a la vez.

Nadie duda que cuando se produce un daño lo que se ha generado es un conflicto de intereses que como tal necesita encontrar una solución que restaure la armonía del sistema y permita la convivencia social. El medio para encontrar esta solución es el Derecho.

Así, ante las nuevas situaciones que se van presentando, se hace imperativo el surgimiento de regímenes normativos que, aunque se separen de las normas habituales, eviten dejar en el desamparo un sinnúmero de derechos e intereses. Sobre la base de ello, apreciamos que el panorama jurídico nos ofrece más de una teoría con respecto a instituciones tan relevantes como la responsabilidad civil.

En materia de accidentes de tránsito esto se hace evidente puesto que, además de las normas generales que se encuentran en el Código Civil, es indispensable un acercamiento a las normas específicas sobre transporte y, por supuesto, sobre tránsito. El razonamiento sobre el que se funda la responsabilidad civil en este tema tiene, en consecuencia, sus propias características.

Ahora bien, no podemos olvidar que, en tanto los accidentes de tránsito tienen lugar en el mundo fáctico, son varios los supuestos que pueden dar lugar a la imputación de responsabilidad civil. Según las circunstancias en que se realice el hecho que dé lugar al daño y por ende a la obligación de indemnizar a la víctima, la responsabilidad civil podrá ser contractual o extracontractual.

La responsabilidad civil contractual derivada de este tipo de accidentes debe ser vista sobre la base del pasajero y de la existencia de

un vínculo jurídico contractual. Asimismo, esto puede ser analizado desde dos perspectivas, según se trate de un contrato a título oneroso o de uno a título gratuito. Luego desarrollaremos ambos supuestos.

Ahora vamos a centrarnos en la responsabilidad civil extracontractual derivada de los accidentes de tránsito. Así, estudiaremos los fundamentos que sirven de base a esta figura y sus consecuencias. También revisaremos brevemente las causales por las cuales es posible eximirse de la obligación de indemnizar.

27.3.1. El fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en los accidentes de tránsito

Como su nombre lo indica, la responsabilidad extracontractual supone que la obligación de indemnizar a la víctima por el daño causado no tiene como origen el incumplimiento contractual. Todo lo contrario, ella se caracteriza porque entre los sujetos implicados, esto es, el responsable y la víctima, no existe vínculo contractual.

La responsabilidad extracontractual constituye una institución que ha sido aceptada y reconocida desde siempre. Sin embargo, los principios que la sustentan no han sido los mismos en todas las épocas. A lo largo del tiempo se han desarrollado diversas teorías doctrinarias adoptadas por el Derecho, que buscan hacer frente a los nuevos retos que el devenir de la vida social trae consigo.

Es adecuado, por tanto, revisar sucintamente tales teorías, a fin de determinar cuál es la que sirve de sustento en los casos de accidentes de tránsito.

27.3.1.1. La teoría clásica o subjetiva

Esta teoría se centra en la calificación de la conducta del sujeto, con énfasis en la intención con que llevó a cabo la misma. De esta manera, para el sistema subjetivo es necesario que el autor de la conducta

antijurídica que ha ocasionado el daño haya actuado con culpa, esto es, con dolo o negligencia.[837]

Como señala Fernando de Trazegnies Granda:

> [...] el peso económico del daño debe ser asumido por el causante del daño porque el daño no se hubiera producido si no hubiera sido por su intervención negligente o imprudente. El causante decidió no tomar las precauciones debidas y como consecuencia de esta imprudencia o negligencia, debe asumir los efectos nocivos que se deriven de esa conducta.[838]

El Código Civil de 1984 ha adoptado este criterio en su artículo 1969, en el que se establece que quien causa daño a otro por dolo o culpa está obligado a indemnizarlo. En este precepto se señala, a su vez, que corresponde al autor del hecho dañoso demostrar que su conducta estuvo libre de dolo o culpa. Con esto se da una inversión en la carga de la prueba que beneficia a la víctima, por cuanto se presume la responsabilidad del autor, aunque tal presunción es *iuris tantum*.

Si aplicamos la teoría subjetiva a los supuestos en que la responsabilidad civil deriva de accidentes de tránsito, la consecuencia es que el sujeto que ocasionó el daño podría librarse de la obligación de indemnizar demostrando que actuó sin dolo ni culpa, y con la diligencia debida y ordinaria. Ello, por supuesto, sin perjuicio de los otros eximentes de responsabilidad que veremos más adelante.

[837] Taboada Córdova, Lizardo. «La responsabilidad civil por accidentes de tránsito y el Código Civil Peruano». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 6, Año III, p. 123.

[838] Fernando de Trazegnies, citado por Ortiz Melgarejo, Nabor T. *La responsabilidad civil en los accidentes de tránsito*. Lima: Gráfica Horizonte, 2000, p. 143.

Como acertadamente sostiene Ángel Ossorio y Gallardo,[839] es imposible discernir quién tiene la culpa de cada uno de los infinitos accidentes que se producen a cada minuto. Empeñarse en hacer justicia discerniendo la culpa a fuerza de pleitos, vale tanto como negar la justicia misma.

Por consiguiente, tomar como fundamento una teoría como esta para supuestos en donde la obligación de indemnizar provenga de accidentes de tránsito, resulta más que inadecuado. Un sistema basado en la culpabilidad del agente implica acrecentar los costos de la víctima, toda vez que provoca un aumento de la carga procesal del Poder Judicial, haciéndolo más ineficiente.

27.3.1.2. Teoría moderna u objetiva

A diferencia de la teoría anterior, la teoría moderna u objetiva no tiene en cuenta el criterio subjetivo de la culpa. En este sistema no es relevante la intención con que se conduce el agente que causa el daño; solo interesa esto último, vale decir, el daño o perjuicio. No importa, por ende, si el sujeto se comportó o no con imprudencia; aquí únicamente cuentan los hechos del caso, el nexo causal.

Con la aplicación de este sistema lo que se busca es proteger a la víctima, a la que se le tiene que indemnizar por el simple hecho de ser víctima.

Así concebida, la ventaja de esta posición con relación a la teoría de la culpa, es la manera más rápida y viable de la reparación al sujeto o sujetos que sufrieron el perjuicio, puesto que ya no es necesario recurrir a proezas judiciales en materia de probanza. Ello, en tanto el

[839] Ossorio y Gallardo, Ángel. «El hecho, generador de obligaciones». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año LXXXIII. Editorial Reus, Madrid, 1934, tomo 164, p. 280.

autor del daño no puede eximirse de su responsabilidad demostrando que actuó con diligencia.[840]

Si bien esa ventaja práctica generó la aceptación de esta doctrina y su admisión en más de un sistema jurídico, ese mismo beneficio fue y es la base de las críticas de sus detractores. A esta teoría se le cuestiona la falta de ética, por cuanto puede implicar que se impute responsabilidad a una persona que, pese a poder demostrar su falta de culpa, debe pagar una indemnización.

Son varios los autores que rechazan este sistema de responsabilidad. Entre ellos destacan Georges Ripert y Pierre de Harven.

Para Ripert la responsabilidad sin culpa está empapada de un materialismo que la hace repugnante. No se convence por la idea de solidaridad social que se supone le sirve de fundamento.[841]

Por su parte, Pierre de Harven coincide con Ripert en sus argumentos. De igual forma manifiesta su miedo a que las actividades privadas se paralicen por temor a los efectos de la imputación de responsabilidad.

27.3.1.3. Teoría del riesgo

Nuestro ordenamiento jurídico no ha adoptado la teoría objetiva. Sin embargo, comprendiendo los retos que acompañan a la industrialización, a las innovaciones tecnológicas y, en general, a la velocidad actual con la que se mueve el mundo, ha optado por la teoría de la responsabilidad por riesgo.

[840] Ortiz Melgarejo, Nabor T. *Op. cit.*, p. 145.
[841] Ossorio y Gallardo, Ángel. *Op. cit.*, p. 274.

La teoría del riesgo es una evolución de la teoría objetiva, en tanto presupone la responsabilidad del agente que causó el daño. Sin embargo, se diferencia de la responsabilidad sin culpa en que tal presunción no se da en todos los casos, sino en los supuestos que implican la realización de actividades riesgosas o peligrosas.

De esta forma, para que se pueda imputar responsabilidad al causante, además de probar que se han dado las condiciones necesarias para que se configure un supuesto de responsabilidad civil,[842] solo será necesario probar que la conducta que ha causado el daño ha sido peligrosa o riesgosa. Se entiende que una conducta posee esta naturaleza cuando supone el ejercicio de una actividad riesgosa; o porque implica el uso de un bien peligroso.[843] No existe, por tanto, la necesidad de acreditar la culpabilidad del autor.

El argumento que sostiene a esta teoría se puede sintetizar en la siguiente frase: «Quien cree un peligro debe asumir los riesgos: quien se beneficie moral o económicamente de una actividad de alta peligrosidad, está cobijado por una presunción de peligrosidad en su contra».[844]

Fernando de Trazegnies no justifica esta doctrina en los accidentes rutinarios, aunque sean producidos con bienes o actividades riesgosas. Esto, por cuanto sostiene que en esas circunstancias tanto el causante como la víctima se han colocado en situación de riesgo en su propio provecho, por lo que no habría una razón sólida para preferir a uno de estos sujetos sobre el otro.[845]

[842] Las condiciones a las que nos referimos son el daño causado, la conducta antijurídica y la relación de causalidad.
[843] Taboada Córdova, Lizardo. *Op. cit.*, p. 123.
[844] Serrano, Olga y Ximena Fernández. *Responsabilidad civil extracontractual por el uso de vehículos automotores.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 191.
[845] Ortiz Melgarejo, Nabor T. *Op. cit.*, p. 146.

No compartimos la opinión del profesor citado sobre este tema, en la medida en que consideramos que si bien no es erróneo sostener que hay ocasiones donde la actividad de ambos sujetos puede catalogarse como riesgosa, sería necesario analizar caso por caso, por cuanto tal circunstancia no constituye la regla sino la excepción. Como consecuencia lógica, abundarían los problemas probatorios, y los juicios largos y costosos, que es justamente lo que se pretende evitar con la aplicación de esta teoría.

27.3.1.4. Teoría de la distribución social de los daños

La teoría de la distribución social de los daños parte de la premisa de que existen ciertas actividades en las que la producción de accidentes resulta inevitable. Asimismo, reposa en el objetivo propio de la responsabilidad extracontractual, esto es, el resarcimiento económico de la víctima.

Como expresa Nabor Ortiz,

> Esta teoría precisa lo siguiente, si hay un sinnúmero de accidentes que se producen aparentemente sin culpa de ninguna de las partes y en cierta forma debido a que la sociedad en su conjunto desea aprovechar ciertas ventajas tecnológicas generadoras de riesgos; es por ello que, toda la sociedad en su conjunto debe asumir la reparación de ciertos accidentes ocasionados por tales actividades, a fin de contribuir a la reparación de la víctima[...].[846]

La distribución social de los daños se haría a través de dos medios de difusión de los costos: el sistema de precios y la contratación de seguro.

El primero de estos medios, el sistema de precios, está pensado para los supuestos en los que se ofrece un bien o un servicio, de tal

[846] *Ibidem*, p. 147.

forma que el precio incluya el monto proporcional de las eventuales compensaciones por los daños que puedan causarse. Con respecto a los accidentes de tránsito, esta vía sería útil en lo referente al servicio de transporte, en el que existe un contrato a título oneroso, aunque es difícil de aplicar cuando el vehículo no es usado para esa actividad.

Por otro lado, en lo relativo a la contratación del seguro que tiene como objetivo distribuir los costos entre todos los asegurados por intermedio del pago de primas, pese a que nuestro ordenamiento jurídico señala como obligatoria tal contratación para todo aquel que tenga un vehículo, esto no se da efectivamente en la práctica.

En general, esta teoría no se aleja del sistema de responsabilidad por riesgo; lo que hace es buscar mecanismos que logren que la víctima sea realmente indemnizada. Para ello ofrece maneras en que los responsables pueden asumir los costos sin convertirse ellos mismos en víctimas económicas. En otras palabras, busca una solución eficiente para que los daños causados por el desarrollo de actividades riesgosas y socialmente aceptadas puedan ser asumidos sin ocasionar mayores perjuicios.

Ahora bien, luego del anterior análisis podemos afirmar que es la teoría del riesgo la que fundamenta la responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de tránsito. Para esto, entendemos que la teoría de la distribución de los daños sociales puede y debe ser aplicada junto con ella, puesto que lo que busca es complementarla y hacerla más eficiente.

Como ya lo expresamos, el Código Civil ha adoptado, junto con el sistema subjetivo regulado por el artículo 1969, la teoría del riesgo. Esto lo ha hecho en el artículo 1970. Por lo demás, si revisamos las normas específicas de tránsito podemos observar la presencia de este sistema. En ellas, además de prescribir la conducta que deben seguir las personas con relación al tránsito en el transporte terrestre, se

presume la responsabilidad de quien conduce el vehículo que causa el daño.

De esta manera, la responsabilidad extracontractual en este tipo de situaciones que están directamente relacionadas con el incremento de las actividades peligrosas, dimanentes del desarrollo tecnológico que favorece al ser humano, se fundamenta en que quien se beneficia de la posesión y el uso de un vehículo a motor debe asumir la consecuencia del riesgo que eso conlleva.[847]

No se puede ocultar que lo que se persigue con esta teoría es la protección de la víctima y, a la vez, persuadir a los conductores de los vehículos, para que manejen con la diligencia debida y respeten las normas de tránsito, a fin de disminuir la frecuencia de los accidentes. Además, este sistema toma en cuenta el hecho de que quien tiene el dominio de la situación, y por tanto se encuentra en aptitud de evitar el accidente, es el usuario de la máquina.

Según la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*,

> Se dirá que este fundamento es demasiado materialista y se le juzgará emparentado con un pragmatismo corruptor. Mi opinión es distinta. El pragmatismo intolerable es aquel para el cual todo es lo que debe ser y que en la fuerza del hecho encuentra la suprema razón. Pero es enteramente distinto este otro supuesto: «Hay que atemperar el derecho a las exigencias de la vida, precisamente para que esta se halle regida por la norma legal y no por la fuerza ciega».

Dejar que ferrocarriles, autos, barcos y aviones destrocen a los hombres más débiles, y no buscar caminos a la reparación, es barbarie pragmática; brindar a las víctimas pleitos enrevesados y echar sobre ellas la carga de la prueba, es bobada o hipocresía; allanar las vías del resarcimiento, preocuparse de las víctimas antes que de la fuerza agresora, cargar al progreso material los inconvenientes y el coste del mismo progreso, y arbitrar, en fin, mecanismos jurídicos para hacer tolerable el gravamen, es piedad, justicia y sentido práctico.[848]

[847] Vázquez, Jorge Ignacio. «Derecho de la circulación». *Economist & Jurist*. Barcelona, 2000, p. 25.

27.3.2. Causales de exoneración

Si bien, como acabamos de concluir, la responsabilidad extracontractual que tiene como origen a los accidentes de tránsito, se basa en la teoría del riesgo, lo que implica que no sea necesario demostrar la culpa del sujeto que causó el daño, no debemos olvidar que hay formas en que dicho sujeto puede eximirse a pesar de cargar sobre sí una suerte de culpa virtual derivada del concepto de riesgo creado. Existen, pues, ciertos eximentes de la obligación de indemnizar.

Mosset Iturraspe[849] sostiene que las eximentes que se pueden invocar varían según se considere al automotor en circulación una «cosa riesgosa» o, por el contrario, se juzgue que se trata del daño que causa el hombre «con» la cosa.

El autor juzga mayoritaria la tendencia que lo califica de cosa riesgosa, aceptando como eximentes: culpa exclusiva de la víctima, de un tercero extraño, uso contra la voluntad por parte de un tercero y el caso fortuito. Sin embargo, reconoce la presencia de un sector que, optando por considerar que el daño es causado por la actividad del hombre con la cosa, admite, además de lo anterior, la prueba de la no culpa para exonerar, con lo que se estaría aplicando la teoría subjetiva.

[848] Ossorio y Gallardo, Ángel. *Op. cit.*, p. 282.
[849] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo III. p. 181.

A nuestro modo de ver el discutir si se trata de un bien riesgoso o si lo riesgoso es la actividad que realiza el hombre con él, no debe llevarnos a considerar como una causal de exoneración la prueba de la no culpa de quien provocó el daño. Si nos remitimos al artículo 1970 del Código Civil, podemos observar que lo esencial de esa norma es la idea del riesgo creado. Así, una lectura del precepto nos permite ver que el efecto es el mismo en ambos supuestos, ya sea si sostenemos que un vehículo es peligroso de manera intrínseca, o si consideramos que su uso es lo riesgoso, pues la obligación de indemnizar por parte del causante no varía ni desaparece.

De aquí que el artículo 1972 del mismo cuerpo normativo señale lo siguiente:

> Artículo 1972.- «En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño».

Aclarado lo anterior, revisemos los alcances de estos motivos de exoneración:

27.3.2.1. El caso fortuito o la fuerza mayor

Esta causal tiene como requisito la «extraneidad». Para poder librarse de la obligación de indemnizar, el conductor debe probar que el daño se produjo como efecto de caso fortuito o fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.

Según refiere Lacruz Berdejo,[850] «Podrá así exonerar un derrumbamiento de piedras que provoca la brusca maniobra del conductor,

[850] Lacruz Berdejo, José Luis. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 545.

que acaba provocando daños, pero no la fortuita rotura de los frenos o de la barra de la dirección [...]».

Esto, pues el hecho de que el vehículo no se encuentre en condiciones adecuadas de funcionamiento, y padezca de fallas mecánicas o desperfectos, son «vicios» imputables al causante del daño. Ello está respaldado no solo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia y por las normas específicas referidas al tránsito en el Perú.

Así, por ejemplo, el Reglamento Nacional de Tránsito (D.S. N.° 033-2001/MTC) dedica varios artículos a las medidas de precaución y cuidados que se deben seguir al hacer uso de un vehículo. Entre ellas se encuentra el mantener en perfecto estado el automóvil, de donde se sigue que un accidente que tuvo como causa una falla mecánica no es de ningún modo un caso fortuito o de fuerza mayor.

Además, ya sea porque consideremos a estas máquinas como bienes riesgosos por naturaleza o que el riesgo está dado por el uso que hace el hombre de ellas, estamos admitiendo la presencia de peligro. Por ende, quien normalmente ejerce esa actividad, o aprovecha ese elemento peligroso, debe contar con que el riesgo marcha con él a todas partes, y entonces precisa estar preparado para repararlo.

27.3.2.2. El daño ocasionado por hecho determinante de un tercero

Según expresan Alicia Franco y Nelson Mora,

> Se trata de terceras personas que físicamente no están presentes en el momento del accidente, pero que en forma directa o por medio de sus órganos o instrumentos, de actos o hechos de sus empleados o dependientes, o de hechos o cosas que están bajo su cuidado o dependencia (maquinaria, animales, etc.), dan lugar a que un vehículo se accidente, con resultados de lesiones a pasajeros o usuarios, choques de vehículos,

atropellos a peatón, ciclista o colisiones con tercer objeto que se encuentre en la vía.[851]

Si sintetizamos la esencia de esta causal de exención, tendremos que decir que la conducta del sujeto que ocasionó el perjuicio fue determinada por un factor externo: la voluntad o el comportamiento de un tercero sin el cual no hubiera sido posible la producción del daño.

27.3.2.3. La culpa exclusiva de la víctima

Esta causal de exoneración, pese a la claridad de su enunciado, no resulta nada sencilla al tiempo de ser aplicada. El problema es determinar cuándo hay culpa de la víctima, si —como hemos señalado— se presume la responsabilidad del conductor que generó el daño.

En primer lugar, es necesario tener en claro que son diversas las situaciones que se pueden presentar al producirse un accidente de tránsito. La víctima podrá ser en algunos casos un peatón, un pasajero, quizá un ciclista, o tal vez el propietario de algún bien sobre el que recaiga el perjuicio. Otra posibilidad, cuyas consecuencias son difíciles de equiparar a la de los supuestos anteriores, es que la víctima sea el conductor de otro vehículo, lo que complica la situación.

Lo importante es comprender que así como un accidente de tránsito puede tener su origen en actos, hechos o circunstancias personales del conductor o conductores, ya sea por causas somáticas, psíquicas, por ignorancia o conocimiento erróneo de la ley o del reglamento de tránsito, entre otras, también puede partir de actos, hechos o circunstancias de la víctima, entendida esta como la persona que sufrió el perjuicio.

[851] Franco, Alicia y Nelson Mora. *El accidente automoviliario*. Bogotá: Temis, 1975, p. 30.

En estos casos ocurre que mientras el conductor ha actuado de acuerdo con lo que le exige la ley de tránsito y su respectivo reglamento, la víctima no lo ha hecho, de modo que es la imprudencia de esta última la que originó el accidente. Con ello se rompe la presunción que las normas le otorgan a su favor. El caso en que la víctima es un peatón resulta el más sencillo de entender; para ello basta con leer el siguiente artículo del Reglamento Nacional de Tránsito:

> Artículo 276.- «El peatón goza del beneficio de la duda y de presunciones a su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las normas del tránsito, como cruzar la calzada en lugar prohibido; pasar por delante de un vehículo detenido, parado o estacionado habiendo tránsito libre en la vía respectiva; transitar bajo la influencia del alcohol, drogas o estupefacientes; cruzar intempestivamente o temerariamente la calzada; bajar o ingresar repentinamente a la calzada para intentar detener un vehículo; o subir o bajar de un vehículo en movimiento o por el lado izquierdo».

A ello deberíamos agregar lo señalado por el artículo 1973 del Código Civil Peruano de 1984, en el sentido que si la imprudencia de la víctima solo hubiera concurrido en la producción del daño, la indemnización debe ser reducida por el juez, según las circunstancias.

Resulta más interesante el caso de la colisión de automóviles, puesto que aquí los sujetos que intervienen en el accidente como conductores de sus respectivos vehículos se encuentran realizando una actividad igualmente riesgosa. La presunción de la culpa y de la responsabilidad de quien se aprovecha de un bien o una actividad peligrosa, pierde fuerza, debido a que ambos sujetos se encuentran, al menos en teoría, en las mismas condiciones.[852]

La relevancia y complejidad de este tema nos obliga a realizar un análisis del mismo. Ello debido a que esta figura resquebraja, de algu-

[852] Esto no impide que se pueda y deba hablar de la idea de riesgos recíprocos como veremos más adelante.

na manera, el fundamento en el que se sostiene la responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de tránsito.

Por otra parte, queremos hacer mención del supuesto relativo a la *colisión plural de vehículos.*

Esta modalidad de accidente ha dado lugar a la propuesta de diversas soluciones, las cuales pueden clasificarse, básicamente, en dos posturas.

Una primera teoría se funda en la neutralización de las presunciones de causalidad de autoría que pesa sobre quien causó el daño. De esta idea, parten dos puntos de vista. Por un lado, están quienes sostienen que es necesario acudir al criterio subjetivo de la responsabilidad: la culpa. Por otra parte, hay quienes no se alejan de la teoría objetiva, optando por una atribución sin culpa, y englobando los daños en una masa común cuyo modo de repartirse no ha encontrado una única respuesta.[853]

Desde otra perspectiva, una teoría distinta reconoce la existencia de presunciones concurrentes de causalidad, que ponen a cargo de cada interviniente el soportar el daño sufrido por el otro,[854] mientras no pruebe la existencia de una causa ajena.

Para la legislación alemana, en los casos en que se tiene que determinar la responsabilidad tras una colisión entre dos o más vehículos, hay que tomar en cuenta la peligrosidad de la actuación de cada uno o la mayor trascendencia en orden al resultado. Aquello implica una valoración de los diversos aportes de los conductores para la realización del daño.[855]

---

[853] Alterini, Atilio A. y Roberto M. López Cabana. *Derecho de daños y otros estudios.* Buenos Aires: La Ley 1992, p. 189.

[854] *Idem.*

[855] Serrano, Olga y Ximena Fernández. *Op. cit.*, p. 209.

En Italia, lo relevante es la indagación de la culpa. No obstante, no se excluye la prueba del riesgo que decida la imputación de la responsabilidad.[856]

Al igual que en las otras dos legislaciones citadas, el ordenamiento jurídico de Portugal parte de la culpa como idea básica determinante de la responsabilidad. En defecto de esta, recurre al criterio del riesgo, dividiendo la responsabilidad en relación al mismo.[857]

Ninguna de las posiciones esbozadas se encuentra exenta de críticas. Probablemente el cuestionamiento más importante a la teoría de la neutralización de la presunción de responsabilidad, es el realizado por Alterini y López Cabana.[858]

En realidad, y como síntesis, «el accidente obedece, a la vez, a los riesgos de dos vehículos, lo que conduce lógicamente a una doble responsabilidad». Es que las presunciones no son contrarias entre sí: solamente cabría tenerlas por neutralizadas si una «presumiera la existencia de un hecho del que la otra presumiera la inexistencia»; por lo cual el choque ha podido destruir los vehículos, pero no las presunciones.

En lo concerniente a la teoría del riesgo concurrente, quienes la cuestionan afirman que en vista de que la responsabilidad por riesgo es de carácter excepcional, toda vez que importa un beneficio a favor de un damnificado que se ubica en situación de inferioridad con respecto a la carga de la prueba, no procedería en este supuesto donde el riesgo creado es recíproco.

---

[856] *Ibidem*, p. 210.

[857] *Ibidem. Op. cit.*, p. 213.

[858] Alterini, Atilio A. y Roberto M. López, Cabana. *Derechos de daños y otros estudios. Op. cit.*, p. 197.

Al respecto, además de coincidir con Alterini y López Cabana en lo relacionado a su crítica a la «doctrina neutralizante», pensamos que efectivamente no se debe desestimar la teoría del riesgo creado. Si bien es evidente que no se puede hablar de una situación de inferioridad *a priori* de alguno de los sujetos que intervienen en el accidente, la actividad de ambos no deja de ser riesgosa. Por ello, creemos que no se debe abandonar este criterio.

En todo caso, lo más conveniente es que en los supuestos en que se ocasionen este tipo de accidentes se analice sobre la base de las normas de tránsito contempladas por nuestro ordenamiento, si alguno de los conductores acrecentó ese riesgo. Así, es imprescindible evaluar la culpa o dolo como componente de la responsabilidad. De darse concurrencia de culpas, se deberían distribuir los costos en función de la participación de cada sujeto en la producción del daño.

Es preciso recordar que la realidad nos ofrece situaciones que no son nada sencillas. Un accidente de tránsito, que tenga como origen la colisión de dos vehículos, puede complicarse aun más si como consecuencia de ese choque un peatón pierde la vida, o el patrimonio de otro sujeto se ve afectado. Ante un marco como ese, resalta el valor del Derecho como instrumento normativo que nos permite resolver los conflictos.

Para concluir con lo relacionado a las eximentes reguladas por nuestra legislación, basta decir que son ellas las que destruyen la presunción de responsabilidad extracontractual del conductor, por cuanto neutralizan la presunción de causalidad. Es bueno recordar que también existen circunstancias en las cuales se da una concurrencia de responsabilidad entre la víctima y el autor del daño; en esos casos se aplica el artículo 1973 del Código Civil.

27.3.3. Supuestos de responsabilidad extracontractual solidaria originada en accidentes de tránsito

Por último, consideramos adecuado dedicar unas líneas al tema de la solidaridad. Si bien no vamos a profundizar al respecto, al menos queremos dejar planteados algunos puntos importantes.

Lo primero que debemos mencionar es que una de las características fundamentales de esta figura es su no-presunción. La solidaridad solo puede surgir por mandato de la ley o por acuerdo de las partes (argumento del artículo 1183 del Código Civil Peruano de 1984).

En materia de responsabilidad extracontractual, la obligación solidaria de resarcir un daño causado por un acto ilícito debe apoyarse necesariamente en la consideración de que siendo varios los coautores del daño el resultado dañoso será atribuible íntegramente a cada uno de ellos. Por ende, la víctima podrá dirigir su demanda contra cualquiera de ellos, sin estar obligada a observar orden alguno al respecto.[859]

Debe quedar en claro que cuando un daño es ocasionado por varias personas, la solidaridad entre ellas opera de pleno derecho.

Asimismo, precisa tenerse presente que la institución de la solidaridad cumple una importante función social y jurídica: ella constituye una suerte de garantía para la víctima, que podrá ejercer su derecho a ser indemnizada contra cualquiera de los responsables solidarios, o contra todos juntos si lo prefiere, disminuyendo de esa forma los riesgos de que su interés no sea satisfecho. De esta forma, se restablece, a su vez, el orden jurídico que había sido perturbado por el acto ilícito.

---

[859] Ortiz Melgarejo, Nabor T. *Op. cit.*, p. 176.

27.3.3.1. La solidaridad entre el causante y el asegurador

Cuando hablábamos de las diferentes teorías existentes que fundamentan la responsabilidad civil extracontractual, mencionamos que en la actualidad la figura del seguro es utilizada como un mecanismo para lograr que la víctima no quede desprotegida ante un eventual incumplimiento del pago indemnizatorio por parte del causante del daño. Esta institución jurídica puede definirse, en ese sentido, como un medio que permite una adecuada distribución del daño social entre todos los miembros de la sociedad, a través del pago de primas. Así concebido, el seguro responde a la necesidad de llegar a una solución eficiente.

El Reglamento Nacional de Tránsito establece al respecto lo siguiente:

> Artículo 285.- «Para que un vehículo automotor o vehículo combinado circule por una vía, debe contratarse una Póliza de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito según los términos y montos establecidos en el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito. El conductor debe portar el certificado vigente correspondiente».
>
> Artículo 286.- «La Póliza de Seguro Obligatorio debe cubrir a la tripulación y pasajeros ocupantes del vehículo y a terceros no ocupantes, que sufran lesiones o muerte como consecuencia de un accidente de tránsito».

Además de estas normas, nuestro ordenamiento legal se preocupa del tema regulándolo en la Ley de Seguro Obligatorio Contra Accidentes de Tránsito y, en forma más específica, en el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito (Decreto Supremo N.º 049-2000/MTC).

Pese a que la obligatoriedad del seguro parece ser tan sólo formal en nuestro país, en tanto que si bien es prescrito por el sistema legal,

la realidad nos enseña que es alto el número de quienes efectivamente no contratan con una aseguradora, el tema no deja de ser relevante. No todos los particulares cumplen con los artículos transcritos; esto, pues a diferencia de lo que sucede con el transporte publico, los particulares no pueden valerse del sistema de precios para solventarlo. En su lugar, más de un autor recomienda la creación de un fondo común de primas.[860]

Ahora bien, mediante el contrato de seguro de responsabilidad civil, el asegurador se compromete a abonar la indemnización que el asegurado deba pagar a terceros por los daños ocasionados por el mismo asegurado, por sus dependientes o por las cosas que de él se sirve o por las que tiene a su cuidado.[861]

El artículo 1987 del Código Civil Peruano señala que la acción indemnizatoria puede promoverse directamente contra el asegurador del daño. La víctima, entonces, tiene dos responsables solidarios.

Desde el momento en que se produce el daño, el asegurador del agente responsable queda obligado a pagar exclusivamente a la víctima que se ha convertido en titular del derecho de crédito.[862]

En síntesis se puede decir que este seguro es el que pone a cargo del asegurador las consecuencias del riesgo del asegurado y el deber de responder por los daños provocados a terceros por causa de un acto culposo o no. Se trata de un contrato de indemnización frente a terceros, por el cual se desplaza la incidencia de un perjuicio a cambio de una prima.[863]

---

[860] Entre quienes sostienen la necesidad de este fondo se encuentra el Doctor Fernando de Trazegnies Granda.

[861] Ortiz Melgarejo, Nabor T. *Op. cit.*, p. 179.

[862] *Ibidem*, pp. 180 y 181.

[863] *Ibidem*, p. 198.

El artículo 1983 del Código Civil dispone que si son varios los responsables del daño, responderán solidariamente. Si alguno paga la totalidad de la indemnización, puede repetir contra los otros. El juez es el encargado de fijar la proporción según la gravedad de la falta cometida por cada uno de los participantes.

27.3.3.2. Responsabilidad solidaria entre el propietario del vehículo y el autor directo del daño

Cuando se produce un accidente de tránsito y se configuran las condiciones necesarias para que surja una obligación de indemnizar a la víctima por parte del causante, debemos tener en cuenta que el término «causante» no siempre hace referencia al propietario del vehículo.

Podría darse el caso que quien haya causado el accidente sea precisamente el propietario del vehículo automotor. De ser así, es obvio que este respondería en forma directa y sería responsable por sus propios actos. Sin embargo, también es factible, y hasta común, que el causante directo del perjuicio sea un sujeto distinto a aquel.

En este último caso podemos, en general, señalar dos posibilidades: Que el causante sea un dependiente del propietario y que al momento de realizar el ilícito, se encuentre actuando en ejercicio de su cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. En ese supuesto se debe aplicar el artículo 1981 del Código Civil; por lo tanto, el propietario responde solidariamente frente a la víctima. Aquí podemos observar que la responsabilidad del propietario es indirecta o refleja y se fundamenta en la relación de subordinación jurídica o fáctica que el autor directo mantiene con él.

Otra alternativa es que el causante sea un tercero no dependiente. Por esta razón, no se puede fundamentar la responsabilidad solidaria del propietario en el dominio o la posición de mando que posee con el conductor, pues ella no existe, ya sea porque se trata de un sujeto que ha recibido el vehículo del propietario por medio de un título legal[864] o de alguien que lo usa indebidamente, esto es, sin el consentimiento del dueño.

Para De Trazegnies, en este supuesto la base de esa imputación de responsabilidad que se le hace al propietario tiene que ver con el hecho de que él está en mejores condiciones para contratar un seguro. Nosotros no compartimos este argumento, pues pensamos que la atribución de responsabilidad emana del mismo hecho de que es propietario de un bien que se caracteriza por ser riesgoso. De igual forma, creemos que lo que se busca es brindar una mayor protección a la víctima.

Si bien el fundamento de esta última alternativa no es el mismo para todos los académicos u operadores del Derecho, nuestra jurisprudencia no cuestiona la responsabilidad solidaria en este supuesto. Si revisamos algunos fallos podemos observar que todas las decisiones están orientadas a que el propietario y el conductor son solidariamente responsables.

El propietario, tanto en el caso de que el conductor sea un subordinado, como en el que simplemente se trate de un tercero, si pagase la indemnización podría repetir contra dicho sujeto, puesto que es este, y no el dueño del vehículo, el autor directo del daño.

Existen serias dudas sobre si el «titular registral del vehículo» podría o no exonerarse de responsabilidad demostrando que ha transferido el bien y, por consiguiente, que ya no ejerce dominio sobre este.

---

[864] Como bien señala De Trazegnies, en este caso incluso el conductor que haya recibido el vehículo de parte de su dueño por un título como el comodato, el alquiler, etc., podría tratarse de un empleado de aquel, pero que cometió el ilícito sin que en ese momento mediara la relación de subordinación.

Mosset Iturraspe[865] no acepta esa opción, asumiendo que la responsabilidad es de quien sea reconocido por el Registro como propietario, no admitiendo prueba en contrario. Su posición se basa en el principio de seguridad jurídica y en el importante rol que juegan los Registros respecto de ese principio.

La tesis de Mosset Iturraspe cobra fuerza en los sistemas jurídicos que clasifican a los bienes en función de su aptitud para ser registrados. No obstante, en ordenamientos como el nuestro, donde los bienes se clasifican en muebles e inmuebles, cabe un argumento en contra: En cuanto a bienes muebles se refiere, importa mucho la posesión, el dominio que se tiene sobre la cosa. De aquí que no sea descabellado el admitir la exoneración si se logra probar la transferencia. El responsable del ilícito y, por ende, el obligado a indemnizar, sería el nuevo propietario.

No queremos concluir el tema sin mencionar que la responsabilidad civil es independiente de la comisión o no de un delito. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, la misma que acertadamente ha señalado que la declaración de irresponsabilidad penal del causante de un perjuicio, no excluye necesariamente la responsabilidad civil del mismo. De allí que se afirme que, no obstante haber sido declarada prescrita la acción penal, puede proceder la demanda sobre indemnización de daños y perjuicios en la vía civil, porque la prescripción importa la remisión, pero no la inexistencia del hecho causante del daño.

27.4. Responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito con respecto al pasajero, cuando media contrato a título oneroso de transporte terrestre

Como ya hemos advertido, son varios los supuestos de conflicto susceptibles de presentarse como consecuencia de un accidente de tránsito. Los daños que se derivan de aquel pueden, a su vez, dar lugar a la imputación de responsabilidad civil en diferentes esferas jurídicas, dependiendo de las circunstancias.

[865] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo III. p. 181.

De esta manera, hemos analizado los principales aspectos que envuelven los accidentes de tránsito en torno a la responsabilidad civil, cuando no media vínculo jurídico contractual entre los sujetos que intervienen en el mismo. Ahora, en cambio, reflexionaremos sobre uno de los supuestos en los que existe contrato de transporte terrestre entre el pasajero y el conductor, con el propósito de determinar el tipo de responsabilidad que corresponde imputar al transportista, así como sus principales caracteres.

Al respecto podemos referirnos a dos situaciones concretas, esto es, a los supuestos que implican la existencia de un contrato a título oneroso —del que nos ocuparemos a continuación—, y a los que, por el contrario, se basan en un contrato de transporte terrestre celebrado a título gratuito, que luego analizaremos.

27.4.1. Consideraciones generales

27.4.1.1. Importancia del transporte

Debemos insistir en que uno de los factores que ha contribuido al desarrollo de la humanidad ha sido, sin duda, el transporte. Desde los inicios de la civilización puede observarse el rol fundamental que ha ostentado, y que hoy —inclusive en mayor medida— sigue ostentando.

Si nos remontamos en el tiempo podemos comprobar que, en un comienzo, el transporte era visto como una mera actividad humana a la que aún no se le atribuía trascendencia jurídica alguna. No obstante, la necesidad del hombre de trasladarse de un lugar a otro, de trasladar a su familia y sus pertenencias, de conquistar nuevos territorios, obligaba a que en ocasiones se tuviera que contratar los servicios de individuos que se dedicaban a la actividad del transporte.

A partir de ese momento se comprendió la necesidad de regular el tema, a fin de evitar que las diversas incidencias que pudieran presentarse desencadenaran en conflictos de grandes proporciones ante la ausencia de medios para su solución pacífica. Por supuesto, en un comienzo la regulación no era positiva, sino más bien consuetudinaria; en tanto, asimismo, eran épocas en las que la palabra era la ley.

Con la llegada de la industrialización y el desarrollo de la ciencia —a la par de que el transporte evolucionó— se hizo imperativa la necesidad de una regulación muy clara del asunto, debido a la gran cantidad de daños y controversias que empezaron a surgir. Actualmente somos testigos de aquello, puesto que vivimos en un mundo que no se puede concebir sin la presencia de automóviles, grandes barcos y aeronaves que permiten el transporte terrestre, marítimo y aéreo, respectivamente.

El rol económico del transporte consiste en trasladar bienes desde los puntos en los cuales su utilidad es relativamente baja hasta aquellos otros en que es relativamente alta. El transporte valoriza la mercadería, ya que, según la ley de la oferta y la demanda, el precio de un producto abundante en un lugar aumenta cuando se le traslada a otro en el cual escasea. De esta forma, la economía y el transporte se hallan intrínsecamente unidos debido a que el proceso de producción está precedido por el transporte, en lo que respecta al movimiento de materias primas, y le sucede en la distribución de los productos manufacturados o semimanufacturados.

Desde el punto de vista político, permite una adecuada implementación de la administración pública, con información permanente y desplazamientos de las autoridades hacia los lugares específicos en los que se requiere su presencia. Ello, en tanto el transporte facilita la aplicación y el control de las disposiciones administrativas y dinamiza las comunicaciones.

También desempeña un papel importante desde el punto de vista social, ya que propicia el desarrollo de polos productivos en torno a los puertos, terminales y estaciones; representa para las zonas más alejadas de los grandes centros urbanos, un nexo vital de información y suministro de bienes y servicios; además, favorece el desarrollo de trabajadores especialistas en la materia para atender a los medios, a los puertos, aeropuertos y estaciones y para desempeñarse en los servicios conexos (aduanas, bancos, agentes, servicios de embalaje, etc.).

A esto, debemos agregar que cumple, a la vez, una labor cultural, en tanto permite el conocimiento recíproco entre diversos grupos sociales. Así, es imposible negar que el transporte constituye una expresión concreta de la integración regional, puesto que es a través de los sistemas y redes de transporte, que los proyectos y procesos económicos en gran escala son instrumentados geográficamente.

En general, podemos decir, sin temor a equivocarnos, que el transporte representa un actor de singular importancia no solo dentro de la vida diaria de las personas, sino también dentro de su vida económica, convirtiéndose en un factor de primer orden en actividades tales como el turismo, el comercio y la industria.

27.4.1.2. Los accidentes de tránsito

Son diversos, entonces, los beneficios que trae consigo el transporte. No obstante, ello no implica, como ya lo hemos señalado, que no genere costos sociales. En el caso específico del transporte terrestre por medio del automóvil, se sostiene —como también hemos tenido ocasión de observar— que estos costos responden a la naturaleza misma de los artefactos que se caracterizan por ser peligrosos en sí mismos o, en todo caso, a la actividad que el hombre realiza con ellos.[866]

[866] Insistiendo en lo que ya hemos sostenido, a pesar de que conceptualmente sea distin-

De esta forma, los riesgos no son ajenos al uso del vehículo automotor. Aquellos riesgos, inherentes a este medio de transporte terrestre, se concretan a cada instante en accidentes cuyo origen puede deberse a diversos factores. Como expresa Yuri Vega Mere:[867]

«La temeridad, la imprudencia, los ligeros descuidos, la excesiva confianza, los errores de cálculo, las preocupaciones que distraen la atención, la disminución de ciertos sentidos, el estado de ánimo, los sonidos al interior del vehículo, el alcohol, la inobservancia de las reglas de tránsito —cuya sanción corresponde al derecho administrativo—, la incomprensible pasión por la velocidad y el reto de ganar el asfalto, etc.; son hechos que suelen manifestarse como verdaderas causas del accidente; y si bien son expresiones del temperamento de los usuarios de las vías, lo que importa es que se dan a partir del uso del automóvil, es decir, tomando entre sus manos una cosa peligrosa.

Si a ello se agregan los fallos de los mecanismos o los vicios del automóvil, así como las condiciones climáticas, la mala o nula conservación de las pistas, la falta de señalización, etc.; bien puede identificarse el origen de estos infortunios».

La concurrencia de estos hechos determina el concepto de accidente de tránsito, el cual genera costos que la sociedad tolera —sin renunciar a repararlos—, debido a que las ventajas que engendra el automotor son mayores. Se trata de una elección sobre la base de un análisis económico en el que, luego de ponderar los costos y los beneficios, se ha visto conveniente aceptar y admitir esos riesgos por constituir una opción más eficiente.[868]

---

to considerar al automóvil como una cosa riesgosa en sí misma, o riesgosa en tanto el hombre hace uso de él, no desaparece la obligación de indemnizar cuando se ha ocasionado un daño que implica la imputación de responsabilidad al causante.

867 Vega Mere, Yuri. *Derecho privado.* Lima: Editorial Grijley, 1996, tomo I, p. 307.

868 Hugo Acciarri, al tratar el tema, afirma que este género de análisis presupone, entonces, que a la sociedad no le interesa eliminar todos los daños. Observa que en la práctica esto no es lo que sucede y que se toleran de muy buena gana algunas actividades que producen muchos daños, porque se estiman generadoras de beneficios superiores. Si se piensa simplemente en la circulación automotriz, una medida que prohibiera totalmente el tránsito vehicular, disminuiría también a cero los muertos, heridos y daños materiales ocasionados por tal actividad. Pero también se reducirían a cero todos sus beneficios. Y si la relación a considerar es la comparación costo-beneficio: a) Deben evitarse los hechos, actividades o medidas que generan más daños (costos) que el beneficio social que producen y, b) el modo de evitación de los daños no es intrascendente. Toda acción tendiente a la prevención o evitación importa costos. Estos costos, en sentido amplio, pueden provenir tanto de la inversión en medidas de prevención (un incremento en la prevención disminuye los daños esperables), como de la restricción al desarrollo de actividades (una disminución en el nivel de una actividad que puede causar perjuicios a terceros o hacer sufrir infortunios a quien la ejecute, reduce esa posibilidad de verificación de daños).

El Estado reconoce la importancia de regular este tema, a fin de maximizar los beneficios y minimizar los costos, toda vez que busca soluciones a los conflictos de intereses que suelen presentarse. Entre las normas que emplea para tal efecto, destacan la Ley N.º 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre; el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, D.S. N.º 040-2001-MTC;[869] y el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito (D.S. N.º 049-2000-MTC).

---

869 Este mismo Decreto Supremo señala los objetivos de la administración del transporte terrestre:

Artículo 9.- «Para la administración del transporte terrestre el presente Reglamento orienta las acciones de la Autoridad competente a efecto de:

a. Procurar la satisfacción de las necesidades de transporte terrestre de la población, vigilando las condiciones de seguridad y calidad del servicio.
b. Promover la integración, fusión o consorcio de las personas o empresas que brindan servicios públicos de transporte terrestre, a fin de conseguir eficiencia y modernidad.
c. Procurar la estabilidad de las condiciones de mercado, en base a la cual los transportistas toman sus decisiones sobre inversión, evitando que se alteren por la presencia de elementos perturbadores.
d. Procurar la armonización de las políticas y acciones sectoriales en transporte con las políticas y acciones de otros sectores de la administración, en el área educativa, energética, automotor, económica, laboral, social, de turismo y de seguridad vial.

La citada ley es clara, al disponer cuales son los objetivos de la acción estatal sobre este importante asunto:

Artículo 3.- «La acción estatal en materia de transporte y tránsito terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto».

Artículo 4.- «De la libre competencia y rol del Estado

4.1. El rol estatal en materia de transporte y tránsito terrestre proviene de las definiciones nacionales de política económica y social. El Estado incentiva la libre y leal competencia en el transporte, cumpliendo funciones que, siendo importantes para la comunidad, no pueden ser desarrolladas por el sector privado.

4.2. El Estado focaliza su acción en aquellos mercados de transporte que presentan distorsiones o limitaciones a la libre competencia. En particular dirige su atención a los mercados que se desarrollan en áreas de baja demanda de transporte a fin de mejorar la competitividad en los mismos y a los existentes en áreas urbanas de alta densidad de actividades a fin de corregir las distorsiones generadas por la congestión vehicular y la contaminación.

4.3. El Estado procura la protección de los intereses de los usuarios, el cuidado de la salud y seguridad de las personas y el resguardo del medio ambiente.

4.4. El Poder Ejecutivo podrá establecer medidas temporales que promuevan la renovación del parque automotor».

---

e. Procurar disminuyan los niveles de contaminación, en resguardo del medio ambiente.
f. Promover la formación y la permanente capacitación de los recursos humanos en transporte terrestre.
g. Apoyar técnicamente a las Municipalidades Provinciales, para la actualización y modernización de sistemas de gestión y control del transporte urbano».

De igual forma, el Reglamento Nacional de Administración de Transportes prescribe, en su artículo 3, que los servicios de transporte terrestre de carácter público de personas o de mercancías, incluyendo sus instalaciones complementarias, son de necesidad y utilidad pública y de preferente interés nacional.

27.4.1.3. Distintas modalidades de transporte terrestre

El transporte terrestre puede clasificarse siguiendo diferentes perspectivas.

El Reglamento Nacional de Administración de Transportes es bastante ilustrativo al respecto:

Artículo 17.- «El transporte terrestre se clasifica atendiendo a los siguientes criterios: por la naturaleza del servicio; por el elemento transportado; por el ámbito de la prestación del servicio; por las características del servicio; y por la fuerza que mueve al vehículo».

Artículo 18.- «Por la naturaleza del servicio:

a) Transporte Público, es aquel servicio que está a disposición de la población en general y es retribuido en forma económica.

b) Transporte privado, es aquel servicio que se lleva a cabo por cuenta propia, para satisfacer necesidades particulares».

Artículo 19.- «Por el elemento transportado:

a) De personas.- Se realiza para el traslado de personas.

b) De mercancías.- Se realiza el traslado de mercancías.

El transporte de mercancías se clasifica en:

b.1. De Mercancía General.

b.1.1. Carga completa.

b.1.2. Carga fraccionada.

b.1.3. Carga a granel.

b.2. De Productos peligrosos (gases, líquidos, explosivos, radio activos, residuos peligrosos y otros).

b.3. Especializada. Transporte de equipos y maquinaria, que exceden los pesos y medidas reglamentarias.

b.4. De Minerales.

b.4.1. Concentrados.

b.4.2. Metálicos y No Metálicos.

b.5. Contenerizada.

b.6. Refrigerada.

b.7. De productos perecibles.

b.8. Valores/dinero.

b.9. Mixto. Se realiza el traslado de personas y de mercancías en un solo vehículo, acondicionado a tal fin».

Artículo 20.- «Por el ámbito:

El transporte terrestre se clasifica, según el ámbito en que se realice, en Urbano, Nacional e Internacional.

a) Es Transporte Urbano el que se presta al interior de una provincia.

a.1. El servicio de transporte urbano de pasajeros se clasifica en:

a.1.1. Servicio Rápido Masivo.

a.1.2. Servicio Masivo.

- Regular.
- Directo.
- Expreso.

a.1.3. Servicio Preferencial.

a.1.4. Servicio en vehículos de alquiler, que se clasifica en:

a.1.4.1. Servicio de Taxi.

a.1.4.2. Servicio Colectivo, brindado en automóviles y camionetas rurales.

a.1.4.3. Servicio Diferenciado, en automóviles y en buses para el Transporte de personas con características de mayor calidad y comodidad.

b) Es Transporte Nacional, el que tiene su origen y destino dentro de ciudades de diferentes provincias del territorio nacional.

b.1. Transporte Nacional Intra Departamental.- El que se realiza entre ciudades de un departamento.

b.2. Transporte Nacional Inter Departamental.- El que se realiza entre ciudades de diferentes departamentos.

c) Es Transporte Internacional aquel cuya ruta e itinerario discurre parcialmente por territorio extranjero».

Artículo 21.- «Por las características del servicio:

El Transporte Terrestre, según las características del servicio, se clasifica en regular y especial:

a. Es transporte regular aquel que no requiere de la aplicación de regulaciones específicas, en razón de la naturaleza o características del elemento transportado.

b. Es transporte especial, aquel que en razón de su repercusión social, volumen, incompatibilidad con otro tipo de transporte, características del usuario, u otras causas debe prestarse sujeto a regulación especial.

b.1. Turístico.

b.2. Personal.

b.3. Escolar.

b.4. Personas enfermas o accidentadas.

b.5. Funerario».

Artículo 22.- «Por la fuerza que mueve al vehículo:

El transporte terrestre se clasifica en:

a) Transporte motorizado.- aquel que es impulsado por motor y tracción propia.

b) Transporte no motorizado.- aquel que no es impulsado por motor y tracción propia».

El transporte terrestre de personas puede clasificarse, como ya lo adelantamos, en dos modalidades, dependiendo de la existencia o no de una compensación económica a favor del transportista encargado de prestar el servicio. Así, podemos hablar de transporte a título gratuito o de transporte a título oneroso, según sea el caso.

En ambos tipos de transporte se entiende, al menos coloquialmente, que existe un contrato, lo que sin embargo no supone afirmar de antemano que la naturaleza de la responsabilidad imputable por el daño causado sea contractual. Mucho se ha discutido al respecto y, aun hoy, la doctrina no se logra poner de acuerdo, especialmente en lo relativo al transporte gratuito.

27.4.1.4. Duplicidad de regímenes de responsabilidad

En las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Argentina, llevadas a cabo en Bariloche, en 1989, hubo acuerdo unánime en sostener que existe unidad sistemática en materia de responsabilidad civil a partir del dato de concebir al daño como el centro de gravedad del sistema. Asimismo, también hubo consenso en afirmar que en el Derecho vigente hay dos ámbitos de responsabilidad civil: el contractual

y el extracontractual, y que los presupuestos del deber de reparar son comunes a las dos órbitas de responsabilidad.

Sobre este tema en particular, pensamos que aun admitiendo lo anterior, no podemos respaldar la elaboración de un régimen de unificación de la responsabilidad civil. Cierto es que la responsabilidad contractual y la extracontractual comparten presupuestos, pero ello se debe a que ambas son modalidades de la figura jurídica de la responsabilidad civil. Sin embargo, los efectos de la configuración y su correlativa aplicación son distintos en uno y otro caso. Además, debemos tener presente que los contextos fácticos en los que puede insertarse cada supuesto son tan variados que ello hace imposible enmarcar todo en un único régimen, y en una sola manera de analizar cada situación. En tal sentido, Vega Mere afirma lo siguiente:[870] «Así, los plazos de prescripción, los daños resarcibles, los factores de atribución, la gradación de las presunciones de culpa y la carga de la prueba, el monto indemnizatorio, la solidaridad, etc.; son algunos de los tópicos que impiden la unicidad del sistema de reparación [...]».

Como consecuencia inmediata, podemos sostener que la pregunta sobre la naturaleza de la responsabilidad imputable al transportista cuando el pasajero ha sufrido un daño, no es para nada adjetiva, puesto que su solución va a implicar que se apliquen normas distintas, cuyos efectos jurídicos también serán diferentes.

27.4.2. La responsabilidad contractual en el transporte oneroso de personas

Son muchos los autores que han esbozado una definición de esta modalidad especial de contrato. Entre ellos podemos citar a Ripert, Roberto de Ruggiero, Messineo, Amadeo Soler Aleu, y Uría. En general,

---

[870] Vega Mere, Yuri. *Op. cit.*, tomo I, p. 295.

se puede observar que todos coinciden en sostener que se trata de un convenio por el cual una persona natural o jurídica, llamada transportador, se obliga a trasladar de un lugar a otro a una o varias personas, a cambio de una contraprestación monetaria.[876]

De esa definición podemos concluir en que son tres los elementos esenciales de este contrato: los sujetos que intervienen, transportista y pasajero; el objeto del contrato, esto es, el desplazamiento; y el precio o porte. Ello, sin perjuicio que debe cumplirse con los requisitos de validez y eficacia que el Código Civil de 1984 dispone en los preceptos correspondientes de los Libros de Acto Jurídico y Contratos en General.

El contrato de transporte terrestre de personas, celebrado a título oneroso, presenta diversas características que le dan identidad. Ellas son las siguientes:

- Es consensual, por lo que se celebra mediante el acuerdo de las partes que intervienen en él.
- Es bilateral, en tanto se trata de un contrato sinalagmático perfecto, pues genera obligaciones para ambas partes.
- No es formal, por lo que su eficacia y validez no requieren la adopción de alguna forma determinada. Por lo mismo, su existencia admite distintos medios de prueba, siendo uno de ellos el boleto o ticket.

No obstante que hoy en día la doctrina, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico, han optado, de manera prácticamente unánime, por aceptar la naturaleza contractual del régimen de reparación apli-

[871] Munevar Arciniegas, Edgar Javier. *De la Responsabilidad Civil derivada del Contrato de Transporte Terrestre*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1989, p. 19.

cable a este tipo de supuestos, durante mucho tiempo fue otra la posición que prevaleció.

Así, tenemos que fue extenso el período en el que los tribunales franceses —y los sistemas jurídicos que adoptaron ese Derecho como modelo— resolvieron que la responsabilidad del transportista de personas, a diferencia de la del porteador de mercaderías, era extracontractual, basada en el sistema subjetivo de la culpa. El pasajero lesionado y sus parientes, si había ocurrido un accidente mortal, se veían obligados, por ende, a establecer la imprudencia o negligencia en la que había incurrido el transportista.[872]

Más tarde la Corte de Casación Francesa resolvió que el transportista de personas estaba ligado contractualmente por una obligación de seguridad determinada: la obligación de conducir al pasajero, sano y salvo, a destino.[873]

A pesar de ello, aún es posible encontrar algunos autores que sostienen que el transporte de personas a título oneroso —al igual que el contrato de transporte a título gratuito— induce a responsabilidad

[872] Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Op. cit.*, Parte Segunda, vol. II, p. 48.

[873] En este punto debemos tener presente, en palabras de Hugi Acciarri, que si se observa el estado del Derecho Francés de fines del siglo XIX y comienzos del XX, se descubre un sistema en el cual la responsabilidad contractual y extracontractual mantenían fronteras rígidas, con principios y regulaciones particulares diversos. En ese contexto, a través de esta sutil elaboración, se procuró ensanchar el ámbito del contenido contractual, para englobar una obligación tácitamente incluida dentro de su dominio, con notables ventajas y efectos prácticos para sus fines específicos. El desarrollo de este instrumento posibilitó a las víctimas, vinculadas a quienes ocasionaban daño, mediante ciertas situaciones contractuales, prevalerse de las facilidades que proporcionaban los remedios legales del campo negocial, más favorables a la víctima-acreedora, que su alternativa, la mera y clásica responsabilidad por hechos ilícitos, subjetiva y con carga de la prueba en contra del damnificado.

aquiliana. Sustentan su postura en la idea de que la incolumidad de las personas no puede ser objeto de contrato.

Uno de los tratadistas que se adhiere a esa tesis es Salas,[874] para quien en el contrato de transporte, el transportador no asume implícitamente un deber de seguridad a favor del pasajero. Además, propone como solución para remediar los daños sufridos por el pasajero un planteamiento objetable. Afirma que los daños quedarían comprendidos en la responsabilidad del dueño o guardián de las cosas productoras del daño, con lo que el prestigioso civilista comete el error de no tomar en cuenta que el pasajero no es un tercero en relación con el transportista, sino que se encuentra vinculado jurídicamente a él.

Por nuestra parte, no encontramos un fundamento sólido en la teoría planteada por Salas. Al igual que José de Aguiar Dias,[875] pensamos que el contrato no crea solo los deberes que le son peculiares, sino también los que derivan de la equidad, de las costumbres y de la ley. El objeto de la obligación de custodia, cláusula que se encuentra implícita en esta modalidad de contrato, es asegurar al acreedor contra los riesgos contractuales, esto es, poner a cargo del deudor el álea del contrato, salvo en los casos en que un factor externo sea la causa eficiente del accidente y, por ende, de los daños producidos, lo que indica la existencia de la obligación de incolumnidad.

No se trata, sin embargo, solo de una mera equidad, sino de la razón misma. En el contrato de transporte, así como en aquellos contratos en los que la seguridad de una de las partes depende de la conducta y del obrar de la otra, resulta ilógico no suponer la existencia de esa garantía.

[874] Citado por: Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit. Tratado de Derecho Civil*, tomo III, p. 572.

[875] De Aguiar Dias, José. *Tratado de Responsabilidad Civil. Op. cit.*, tomo I, pp. 255 y 256.

27.4.2.1. Presupuestos necesarios para imputar responsabilidad

Veamos ahora los presupuestos necesarios para que se pueda imputar la responsabilidad civil al agente cuyo incumplimiento provocó el daño:

27.4.2.1.1. La existencia del contrato de transporte

Es obvio que únicamente se podrá exigir la reparación del daño sufrido por esta vía si el viajero ha contratado con el transportista. Solo si nos encontramos dentro de la llamada etapa contractual —que comienza con la formación del consentimiento por el cual la oferta y la aceptación coinciden, dando lugar al nacimiento del contrato—. Este asunto no es tan simple como parece a primera vista.

En principio, al momento de determinar la existencia del contrato de transporte, es necesario tener en claro que este se distingue de la mera relación de transporte, lo que conlleva que las normas a aplicar para cada caso no sean las mismas.

Mientras el contrato de transporte es un acto principal, en la medida que cuenta con un objeto determinado —el traslado de personas de un lugar a otro bajo ciertas condiciones—, la relación de transporte es un acto jurídico accesorio a otro principal.

Para ilustrar lo expresado, podemos citar como ejemplo al transporte como condición de trabajo, y, en consecuencia, como accesorio de un contrato de trabajo. Así, cuando el transporte es prestado por un patrono a sus trabajadores con sus propios equipos, será considerado como accesorio del contrato laboral. Esto significa que, «si se fueran a exigir al transportador responsabilidades originadas durante el trayecto, dichas responsabilidades tendrían como fundamento la

relación laboral y no la transportista propiamente tal».[876] Si, en cambio, el servicio es prestado de manera independiente a la relación de trabajo, las responsabilidades son las emanadas del transporte, por configurarse allí tal contrato.

Otro tema que no podemos pasar por alto es que la víctima debe ser un pasajero y no un tercero. Pese a que la distinción parece no ofrecer mayores dificultades, muchas veces en la práctica las cosas no son tan sencillas.

En términos generales, es pasajero si se contrató el transporte; y se es tercero, si se es ajeno a cualquier acuerdo de voluntades al respecto.[877]

Como bien sostienen Alterini y López Cabana,[878] los límites no son tan marcados al punto que pueden llevar a confusión. Se requiere acudir a la subsunción que la doctrina propone para calificar a la responsabilidad como contractual, cuando el deber preexistente es específico y determinado con relación al objeto de la obligación y al sujeto obligado. Por otra parte, se calificará como extracontractual, cuando el deber de no dañar es genérico e indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos de ese deber. En pocas palabras, resulta contractual cuando las partes recortan su conducta, a través de la voluntad proyectada como acto jurídico contractual; y extracontractual cuando los sujetos no hubiesen estipulado las pautas de conducta recíproca, rigiéndose por el mero hecho de la convivencia social.

«Estos principios (los concernientes a la responsabilidad contractual por los daños que sufre el viajero por ocasión del transporte) ri-

[876] Munevar Arciniegas, Edgar Javier. *Op. cit.*, p. 81.
[877] Alterini, Atilio A. y Roberto M. López Cabana. *Derecho de Daños y otros Estudios. Op. cit.*, p. 52.
[878] *Idem.*

gen en las relaciones de las partes vinculadas por el contrato de transporte, pero no a los terceros. Para ellos el contrato de transporte es *«res inter alios acta»* y si lo invocan para pretender el resarcimiento de un daño que el transporte les ha ocasionado, su pretensión solo puede ser acogida como damnificados indirectos de un acto ilícito, siempre que prueben de acuerdo con las normas de la responsabilidad extracontractual, la culpa del transportador o de sus dependientes en la producción de un hecho dañoso».[879]

De lo anterior surge otra pregunta de primer orden: ¿cuándo nace el contrato? El problema de la vigencia del contrato en el tiempo, no presenta inconvenientes en situaciones en las cuales el contexto demuestre, de modo evidente y sin dejar lugar a dudas, que el transporte estaba realizándose. En cambio, las cosas se complican en los períodos en los cuales la ejecución del contrato no es clara. Al respecto, creemos que lo mejor es evaluar la situación considerando tanto lo previsto por las propias partes en el contrato, lo dispuesto por la legislación, y, por supuesto, las circunstancias concretas del caso; lo que comprende —a su vez— un análisis de los usos y las costumbres relacionadas.

Además, debe tenerse en cuenta que el pasaje o boleto no es un elemento esencial del contrato. Si bien la ley indica que el transportista se encuentra obligado a entregarlo, aquel sirve únicamente como medio probatorio. No hay que olvidar que una de las características de este contrato es la de ser consensual. Por ello, el hecho de que un pasajero carezca de boleto o pasaje, no supone necesariamente la ausencia de un contrato de transporte. Son muchas las causas por las que el pasajero puede no contar con un boleto —algunas, incluso, pueden inducir a una sanción administrativa para el transportista que

[879] Llambías, Jorge Joaquín. *Manual de Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 543.

no cumple con su obligación de expedir dicho boleto—, por lo que no resultaría justo dejar desprotegido al pasajero que puede probar la existencia del contrato con el empleo de otros medios.

27.4.2.1.2. El incumplimiento de la obligación contractual debe originar un daño al pasajero

Cuando se celebra el contrato, este acarrea como consecuencia inmediata que nazca un conjunto de derechos y obligaciones para ambas partes. En el caso específico de los accidentes de tránsito, que nos encontramos analizando, debemos ver, primero, cuáles son las obligaciones del transportista. Ellas se pueden resumir en las siguientes:

- Expedir el boleto o billete.[880]
- Realizar el transporte del pasajero —llevándolo sano y salvo— al lugar indicado, de acuerdo a lo convenido y a lo establecido en los reglamentos que regulen la materia.
- Adoptar las medidas de seguridad que correspondan.

El tema concreto de la responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito, importa la adopción de la última obligación que hemos mencionado. No es necesario que la misma se encuentre detallada de forma expresa en el contrato, puesto que se considera inherente a este. Aquello «resulta original y relevante, ya que si fuese expresamente pactada o resultare incorporada al contrato por imperio de la norma legal, ella constituiría simplemente una específica estipulación convencional o pacto de garantía palmariamente obligatorio por la fuerza vinculatoria del contrato».[881]

[880] Esta obligación, sin embargo, no se exige a todos los transportistas. La ley determina quiénes son los obligados. Así, por ejemplo, los taxistas no deben entregar, obligatoriamente, boleto; en cambio, sí deben hacerlo quienes se dediquen al transporte público, como es el caso de los llamados «micros». Por lo mismo, y como acabamos de indicar, el boleto no es un requisito *sine qua non* para la existencia del contrato de transporte, en tanto solo subsana un elemento probatorio. En vista, entonces, de que el contrato de transporte tiene su entidad jurídica propia, es susceptible de probarse con cualquier medio aceptado por la ley.

La misma, retomando lo que hemos desarrollado sobre la materia, constituye un deber de seguridad que se asigna al transportista, y que consiste en la obligación de proveer lo necesario para que el pasajero no vea mermada su integridad. Por lo mismo, es una obligación accesoria de la obligación principal del contrato, esto es, de aquella consistente en llevar al pasajero a su destino.

27.4.2.1.3. Que el incumplimiento sea atribuible al transportista

El Código Civil, al tratar el tema de la responsabilidad civil contractual, acoge el sistema subjetivo o de la culpa. No obstante, dicho sistema no es necesariamente útil a la hora de examinar los supuestos relativos a accidentes de tránsito. Así lo han entendido no solo la doctrina y la jurisprudencia, sino también el legislador, quien ha considerado conveniente matizar —en estos casos específicos— la responsabilidad contractual aplicando no la teoría subjetivista sino la del riesgo creado, lo que se puede apreciar en las distintas normas que regulan el tema del transporte, del tránsito y la circulación vehicular en general.

Como bien sabemos, además del sistema subjetivo, hemos mencionado que se han desarrollado otras teorías, cuyo nacimiento se debe a la búsqueda constante de soluciones que lleva a cabo el Derecho para resolver los intrincados conflictos que se presentan en la rea-

[881] Alterini, Atilio A. y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, p. 53.

lidad. Así, hemos visto que destacan la teoría objetiva, la teoría objetiva del riesgo creado y la de distribución de los daños sociales.[882]

Nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado la teoría del riesgo creado. De esta forma, la culpa no se identifica con la mera responsabilidad objetiva o causalidad material o absoluta, sino que se fundamenta en los peligros y riesgos —socialmente aceptados— que trae consigo el uso del automóvil. Asimismo, el riesgo no supone la mera ausencia de culpa, puesto que se asume una suerte de culpa virtual que solo puede ser destruida sobre la base de causales específicas de exoneración, que se caracterizan por constituir factores extraños que debe probar el deudor, no siendo suficiente demostrar que este mismo se condujo con prudencia.

Tal teoría, siguiendo el análisis que realizamos en el acápite anterior, se complementa con la teoría de la distribución de los daños sociales. Nuestra ley es clara al disponer que todo vehículo automotor debe contar con una póliza de seguro contra accidentes de tránsito.[883]

Parece claro que las razones que han llevado al legislador a inclinarse por estas teorías se resumen en la búsqueda de un sistema eficiente.[884] Son varias las ventajas que envuelve la aplicación de estas posiciones. Por un lado, permite que la víctima no tenga la necesidad de probar la culpa del agente, toda vez que con el sistema de seguros se persigue que se garantice la reparación, y que no se convierta al transportista en una víctima económica. A esto podemos agregar que con la apuesta por esta opción legislativa, se busca evitar que el Poder Judicial se vea saturado de procesos derivados de accidentes de tránsito.

Antes de pasar a ver los instrumentos legales de defensa con los que cuenta el transportista, queremos expresar una última idea. Llambías[885] afirma que la obligación de seguridad que tiene el transportador, es una obligación de resultado, en tanto su incumplimiento queda verificado con la sola comprobación de la lesión sufrida durante la ejecución del transporte.

Reiteramos que no nos parece adecuada la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Toda relación obligacional supone que el resultado y el medio para conseguirlo se encuentren íntimamente unidos. El fundamento de la responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito respecto al pasajero, no hay

---

882 Son válidas, sobre el particular, las consideraciones esbozadas anteriormente en este estudio.

883 Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de tránsito:
Artículo 3.- «Todo vehículo automotor que circule en el territorio de la República debe contar con una póliza vigente de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito según los términos y montos establecidos en el presente Reglamento.
Los remolques acoplados, casas rodantes y otros similares que carezcan de propulsión propia, estarán comprendidos en el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito del vehículo automotor que lo hala».
Artículo 4.- «El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito cubre a todas las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes de vehículo automotor, que sufran lesiones o muerte como consecuencia de un accidente de tránsito».

884 Esta búsqueda de eficiencia se puede percibir en la Ley N.º 27181:
Artículo 6.- «De la internalización y corrección de costos
6.1. El Estado procura que todos los agentes que intervienen en el transporte y en el tránsito perciban y asuman los costos totales de sus decisiones, incluidos los costos provocados sobre terceros como consecuencia de tales decisiones. Asimismo, promueve la existencia de precios reales y competitivos en los mercados de insumos y servicios de transporte y corrige, mediante el cobro de tasas u otros mecanismos similares, las distorsiones de costos generadas por la congestión vehicular y la contaminación.
6.2. Cuando la corrección de costos no sea posible, aplica restricciones administrativas para controlar la congestión vehicular y garantizar la protección del ambiente, la salud y la seguridad de las personas».

885 Llambías, Jorge Joaquín. *Manual de Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 543.

que analizarlo sobre la base de que el deber de seguridad constituya una obligación de resultados, pues en realidad si no es necesario que el pasajero pruebe la culpa del transportista es, más bien, debido a que se ha adoptado la teoría del riesgo creado, y, por ende, dicha culpa se presume admitiendo solo unas cuantas causales de exención.

27.4.3. Eximentes de la responsabilidad

En vista de que el sistema adoptado para esta clase de situaciones es el del riesgo creado, se entiende por regla general, y en razón de la cláusula implícita de incolumidad, que se responde por cualquier perjuicio que el pasajero haya sufrido con motivo del transporte. No obstante, al igual de lo que ocurre en los supuestos en los que no media vínculo contractual entre los sujetos que intervienen en el accidente de tránsito, esa culpa virtual no priva al transportador de mecanismos de defensa. Entonces, pese a que no puede usar como argumento de defensa el haber actuado de forma diligente, sí puede exonerarse de la responsabilidad demostrando que el accidente y, por tanto, el daño, se deben a factores externos.

Nuestro ordenamiento jurídico señala como factores externos eximentes de la responsabilidad al caso fortuito o de fuerza mayor; al hecho de un tercero; y a la culpa exclusiva de la víctima. Estos casos implican la ruptura del vínculo causal entre la conducta del agente y el daño ocasionado, lo que supone, a su vez, la ausencia de uno de los elementos esenciales de la configuración de la responsabilidad civil.

Este tema ya lo hemos tratado. Por ello, nos limitamos a algunos conceptos relevantes.

Para que un acontecimiento constituya caso fortuito o fuerza mayor, se exige que el hecho sea extraordinario, es decir, que salga del curso natural y ordinario de las cosas; que sea imprevisible, esto es, que supere la actitud normal de previsión que sea dable requerir, o

inevitable como obstáculo que determine la impotencia absoluta de impedir la ocurrencia del evento o resultado; y que sea irresistible, es decir, no susceptible de ser superado.

En cuanto a la causal de exención por hecho determinante de un tercero, su fundamento es, también, la extraneidad de la causa eficiente del daño con relación al transportador. La responsabilidad debe imputársele al tercero cuya conducta dio lugar a la producción del perjuicio. Claro, siempre y cuando también concurran los otros elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

En cuanto a la tercera causal, se acepta que pueda eximirse de responsabilidad aportando pruebas sobre el verdadero origen del daño, cuando aquel deriva del comportamiento de la misma persona que lo sufre, es decir, del pasajero. Para tales efectos, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 197 y 198 del Reglamento Nacional de Administración de Transportes, y —a la vez— debemos recordar que la celebración del contrato de transporte da nacimiento a un conjunto de derechos y obligaciones para ambos contratantes, a saber:

Artículo 197.- «El pasajero está obligado a:

a) Cumplir las indicaciones del conductor y del cobrador.

b) Subir y bajar por la puerta correspondiente y sólo cuando el vehículo se encuentre detenido.

c) Abonar el precio del pasaje y conservar su boleto hasta el final de su viaje, y exhibirlo cuando sea requerido por los inspectores de la empresa. El pasajero que no pueda presentar su boleto a pedido del inspector de la empresa, tendrá que abonar un nuevo pasaje.

d) Evitar discusiones y reyertas con el conductor y demás pasajeros».

Artículo 198.- «Los pasajeros están prohibidos de:

a) Molestar la visibilidad y maniobrabilidad del conductor; y distraer su atención.

b) Fumar, escupir y ensuciar el vehículo.

c) Sacar una parte del cuerpo afuera del vehículo durante el tiempo de viaje.

d) Arrojar del vehículo cualquier objeto.

e) Portar en el vehículo artículos o paquetes, que puedan molestar o incomodar a los demás pasajeros».

Las eximentes convencionales, por su parte, no son admitidas. Se señala, por consiguiente, que de existir cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportista en el cumplimiento de sus obligaciones o responsabilidades, ellas se tendrán por no pactadas.[886]

27.4.4. A modo de conclusión

Luego del análisis efectuado, podemos concluir afirmando que la responsabilidad derivada de los accidentes de tránsito, respecto al pasajero, cuando existe un contrato de transporte a título oneroso, es de naturaleza contractual, en la medida que el daño es consecuencia del incumplimiento de la obligación de seguridad que se encuentra implícita en este tipo de contrato.

Es menester recordar que en los supuestos en los que la responsabilidad emana de accidentes de tránsito, la responsabilidad contractual posee ciertos rasgos propios que la hacen específica, al punto que autores como Fernando de Trazegnies plantean el nacimiento de un

[886] Con esto uno de los objetivos que se persigue es dar una mayor protección a la víctima que, debido a la naturaleza del contrato, usualmente no participa de la elaboración de las cláusulas ni en el contenido. La gran mayoría de contratos de transporte son contratos de adhesión en los que una de las partes —el pasajero— solo escoge con quien quiere contratar, mas no negocia las reglas que van a regular la relación jurídica a la que dará origen la celebración de ese contrato.

tercer régimen de responsabilidad. Así, en tanto estos casos se ubican en la frontera entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, la doctrina, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico han optado por otorgarle un tratamiento que va más allá de lo regulado en el Código Civil, permitiendo que el factor de atribución sea el del riesgo creado, alejándose, de este modo, de la tesis subjetiva.

La responsabilidad derivada de accidentes de tránsito cuando media un contrato a título oneroso posee, como se infiere de lo expuesto, ciertos matices que responden a la necesidad de encontrar una solución acorde con la lógica que sustenta esa clase especial de siniestros.

El análisis de los hechos debe hacerse, por consiguiente, a la luz del sistema objetivo del riesgo creado, que es la opción asumida por nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en cada ocasión en la que el pasajero sufra un daño derivado de un accidente de tránsito, se presume la culpa del transportista, la misma que únicamente puede desvirtuarse si el propio transportista prueba que el incumplimiento del deber de seguridad tuvo como causa un factor externo y extraño que se constituye en una causal de exoneración.

Si a esto agregamos la obligatoriedad del seguro contra accidentes de tránsito, podemos aseverar que en este aspecto el denominado Derecho de Daños se encuentra muy influenciado por el Análisis Económico del Derecho.

Cierto es que los daños que se producen en una sociedad no abarcan solo un problema distributivo privado que suponga que el causante deba reparar económicamente a la víctima. Además, inciden en la riqueza total de la comunidad y en la vida social que el agente pague o no a la víctima, aun cuando el daño social suele ser irreparable.

Es por ello que nacen las reglas de la responsabilidad civil, que así como buscan que la víctima sea indemnizada, operan como incentivos para que las personas hagan o dejen de hacer determinadas cosas;

toda vez que la figura de la responsabilidad civil está pensada en la reparación de la víctima, ella impone consecuencias no deseadas al sujeto causante del daño, esto es una carga económica. La misma carga, en sentido inverso, se le impone a quien sufre el daño por su propia imprudencia, carga que se traduce en la imposibilidad de reclamar una indemnización.

En consecuencia, un sistema correcto de responsabilidad civil debe buscar la eficiencia, para lo cual no puede dejar de evaluar las circunstancias del contexto en que se presentan los diversos casos, de modo que así como se protege el interés privado de los sujetos, se vela, consecuentemente, por el interés social.

Sobre la base de estas ideas fundamentales, es que en materia de accidentes de tránsito por el uso de vehículos automotores, se ha considerado necesaria una regulación que atienda a los riesgos que involucra el uso de estas máquinas. Del mismo modo, por la frecuencia de estos accidentes y lo común de la producción de daños como efectos de aquellos, se ha elaborado un sistema de distribución de los costos sociales que originan.

De este modo, entonces, se busca asegurar que el sujeto que sufrió el perjuicio sea indemnizado sin necesidad de largas y costosas batallas legales —en tanto pérdida de tiempo y dinero—; pero sin convertir, en el proceso, al sujeto causante del daño en una nueva víctima en el aspecto patrimonial.

De allí las particularidades del régimen de responsabilidad aplicable que, partiendo de los principios generales propios de la responsabilidad civil como institución jurídica, ha sido adaptado para estos supuestos concretos y que apunta —a futuro y siguiendo a De Trazegnies— a la confguración de un tercer régimen de responsabilidad: el de los accidentes, el cual abarcaría los casos límite, de frontera, como el que hemos evaluado.

27.5. Responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito respecto al pasajero cuando el transporte terrestre es a título gratuito

Reiterando lo que hemos venido sosteniendo en las páginas precedentes, debemos tener en claro que los accidentes de tránsito producen situaciones que, entre otras muchas consecuencias, pueden originar como resultado la imputación de responsabilidad civil. Esta responsabilidad no es la misma en todos los casos. Ello, pues cada caso se encuentra ubicado dentro de un determinado contexto que le otorga matices y rasgos especiales que no pueden dejar de considerarse al momento de evaluar y calificar los hechos. A esto se suma el que sean diversas las esferas jurídicas que puedan verse involucradas.

Por lo mismo, no podemos concluir nuestro análisis respecto a la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito, sin antes reflexionar sobre un tercer supuesto que, por su propia naturaleza y características, ha generado opiniones encontradas. No creemos, por tanto, que sea factible obviar un tema tan importante como el relativo a la responsabilidad civil en los casos en que el pasajero sufre un daño, siendo transportado por el conductor del vehículo automotor, a título gratuito.

Tomando lo anterior como premisa, vamos a efectuar un examen de las diversas teorías que se han elaborado en torno a este controvertido tema, para luego tomar posición al respecto.

Con tal propósito debemos, primero, alcanzar una definición del transporte gratuito que nos permita distinguirlo de otras figuras que, si bien poseen algunas características similares, suponen la aplicación de normas diferentes, y por ende, conllevan consecuencias jurídicas también distintas.

Sobre esa base, evaluaremos si el transportador o transportista incurre en responsabilidad por los daños sufridos por el pasajero, para después determinar cuál es la naturaleza de esa responsabilidad.

Por último, examinaremos si los caracteres particulares de esta modalidad especial de transporte, introducen variantes con respecto al régimen aplicable.

27.5.1. Aspectos generales: Hacia una definición de transporte gratuito

Muchas veces se presentan situaciones límites, en las que la frontera entre el contrato y el hecho puro y simple es realmente difícil de delinear. Una de esas situaciones viene determinada por los supuestos en los que las prestaciones son gratuitas.

Como refiere José de Aguiar:[887]

> Es posible que una persona obre en interés de otra, prestándole un servicio que no fue autorizado, o con ignorancia del beneficiario o aun contra su voluntad. En tales casos, sería absurdo hablar de contrato [...].
>
> Pero el servicio gratuito puede ser prestado con el consentimiento, o hasta a pedido de la parte a quien aprovecha. Aparece aquí una de las más reñidas controversias suscitadas por el problema de la responsabilidad civil, en vista de la frecuencia de una de sus modalidades más expresivas: el transporte gratuito.

Sobre el transporte gratuito, en principio, es necesario observar que implica una serie de problemas jurídicos que se plantean, incluso en lo que respecta a su concepto.

En términos generales, puede decirse que esta modalidad de transporte —también denominado transporte benévolo, gracioso o de

[887] De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo I. pp. 194 y 195.

complacencia— se configura cuando el conductor de un vehículo traslada a un sujeto de un lugar a otro, por mera cortesía y sin recibir ningún tipo de retribución o contraprestación por su servicio.

Partiendo de esa definición podemos sostener, al igual que Jorge Joaquín Llambías[888] y Cazeaux y Trigo Represas,[889] que son cuatro los rasgos principales que permiten caracterizar al transporte benévolo:

(a) La voluntad del conductor, dueño o guardián del vehículo automotor, de llevar al sujeto de un lugar a otro, para lo que no es importante si fue el sujeto quien solicitó el traslado, o este se dio por invitación que partió del propio transportista. De esto se sigue que no podremos hablar de transporte gratuito en aquellos casos en que el traslado fuera involuntario, como ocurre, por ejemplo, cuando el conductor desconoce que está transportando a alguna persona, pues aquella viaja oculta.

(b) El transporte debe ser independiente de cualquier relación jurídica que vincule al transportado con el transportista. De este modo, no debemos confundir al transporte benévolo como tal, de un simple transporte accesorio de una relación principal que lo hubiese motivado, y por cuyas reglas tendría que regirse.

(c) Debe existir un *animus beneficendi* por parte del transportador. Esto significa que el conductor, guardián o dueño del vehículo, debe efectuar el traslado con la finalidad de hacer un favor, lo que implica, a su vez, que el transportado o pasajero debe tener un interés en el transporte. Esta característica nos permite discriminar del universo de los casos comprendidos dentro del transporte benévolo a todos aquellos en los que el conduc-

[888] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, pp. 576 y 577.
[889] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 582 y 583.

tor posea algún interés personal más allá de realizar un simple acto de cortesía.

(d) El pasajero no debe estar obligado a abonar un precio o a efectuar una prestación como medio para retribuir el servicio que ha recibido. Si estuviera obligado a realizar algún tipo de pago, es obvio que nos encontraríamos frente a un supuesto de transporte a título oneroso y no frente a uno de complacencia.

Partiendo de lo expuesto podemos concluir que pese a que muchas veces la apariencia indique que se trata de un transporte gratuito, la realidad establece que no necesariamente es así. Habrá situaciones en las que lo que existe es una obligación contractual o una legal que se puede equiparar al transporte oneroso de personas.[890] Es por ello necesario determinar, antes que nada, si efectivamente el supuesto que se analiza constituye o no un caso de transporte gratuito, para lo cual precisa acudirse a los criterios arriba mencionados.

27.5.2. El transporte terrestre a título gratuito: ¿Un supuesto de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual?

Ahora bien, el transporte por complacencia, tal y como lo hemos caracterizado, despierta un sinnúmero de dudas con respecto al régi-

[890] Al respecto, debemos tener presente las consideraciones de los Mazeaud. Los mismos afirman que es necesario distinguir la naturaleza del transporte a título puramente gratuito. Así, sostienen que en este tipo de transporte, el transportista no tiene el menor interés en efectuar el traslado, consintiendo, sin embargo, en realizarlo. Los tratadistas franceses encaminan su solución hacia una investigación sobre la existencia de al menos una obligación en esa especie de transporte, examinando situaciones de hecho. Así, el ferrocarril que transporta a un menor que no paga pasaje debido a su edad, o el que traslada a un viajero a quien le otorgó un pase libre, no realiza transporte gratuito, pues en todos esos casos existe una obligación de transporte muy nítida y precisa.

men de responsabilidad aplicable cuando, como resultado de un accidente de tránsito, el pasajero sufre un daño.

La discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad aplicable al conductor no es un tema inofensivo. La posición que se adopte va a implicar una serie de consecuencias relevantes no solo a nivel teórico, sino también a nivel práctico.

Como indica Llambías:[891]

> Se trata de saber si el transportador benévolo que presta un servicio para favorecer al transportado, responde por los daños que éste pueda sufrir a causa del mismo hecho del transporte. Las opiniones doctrinarias, a falta de un texto legal especial al respecto, son muy dispares: mientras para algunos el transportador, en esta hipótesis está exento de responsabilidad, para otros puede ser responsable; y entre éstos discrepan los que lo encuentran incurso en responsabilidad contractual con los que lo declaran comprometido por responsabilidad extracontractual. Son distintas concepciones que varían en función de la naturaleza que asignan al transporte benévolo.

Podemos decir, por consiguiente, de tres corrientes doctrinales cuyos presupuestos y efectos varían enormemente:

(a) La tesis negativista.

(b) La tesis contractualista.

(c) La tesis extracontractualista.

En adelante, el desarrollo de las mismas.

[891] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 577.

27.5.2.1. La tesis negativista

Esta tendencia, denominada por algunos como anticontractualista, entiende que el transporte desinteresado no genera ningún vínculo jurídico. Sostiene, en cambio, que este tipo de transporte da lugar a una «relación mundana», a una relación de pura cortesía que el Derecho no tutela como relación jurídica. De donde se sigue que no da lugar a una acción resarcitoria mientras no se cometa un delito.

Según esta corriente, las relaciones entre el conductor y el pasajero, al no ser susceptibles de coerción, no son tampoco, por consiguiente, aprehendidas por el ordenamiento jurídico. De esta forma, este planteamiento supone que las relaciones entre transportista y transportado pertenecen al ámbito de la sociología y no al campo del Derecho.

Cazeaux y Trigo Represas,[892] con razón, no aceptan esta postura, al afirmar que incluso admitiendo que el hecho del transporte benévolo pueda ser ajeno al orden jurídico, cuando se configura un accidente que ocasiona daños, se genera entonces un «hecho jurídico», en tanto y en cuanto del mismo puede derivarse una adquisición o modificación de derechos.

De manera similar se pronuncia Llambías,[893] quien no duda en criticar la tesis negativista en los siguientes términos:

> Esta interpretación del transporte benévolo (la negativista) sienta una proposición verdadera pero llega a una conclusión falsa. Ciertamente ese transporte no trasunta un acto jurídico, pues no tiene por fin inmediato [...] crear, modificar [...] derechos: el transportador no ha querido constituirse en deudor del traslado del transportado. Pero, de cualquier modo ha realizado un acto de conducta, es decir un hecho jurídico voluntario que, bajo ciertas condiciones, es susceptible de producir alguna adquisición, modificación... de los derechos u obligaciones. Sólo se trata de averiguar en qué condiciones ese transporte benévolo puede obligar al transportador a resarcir, total o parcialmente, el daño sufrido por el transportado por razón del hecho del transporte.

[892] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 583.
[893] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 578.

Por nuestra parte, tampoco nos adherimos a la corriente negativista, a la que consideramos equivocada. Cierto es que las relaciones entre transportista y pasajero pueden analizarse a partir de la sociología; pero eso no implica, de ninguna manera, negar la posibilidad de que esta relación pueda pertenecer al ámbito del Derecho.

El Derecho atiende a las necesidades que se presentan, intenta dar solución a los diversos conflictos de intereses que la convivencia humana y la vida social conllevan. De aquí que —sin entrar aún a considerar el régimen de responsabilidad aplicable— no creamos que se pueda admitir que de presentarse un supuesto en que el pasajero se constituyera en víctima y el conductor en agente causante del daño, simplemente no se pudieran tomar medidas jurídicas, a menos que la causa haya sido la comisión de un delito.

Una teoría como la negativista impone el absurdo de negar la responsabilidad civil extracontractual en todos los ámbitos en los que aquella pueda darse. En todo caso, somos de la idea de que además de los actos jurídicos existen situaciones en las que los hechos humanos y voluntarios también pueden generar consecuencias jurídicas.

Superada esta dificultad y afirmando que el transporte benévolo no solo corresponde al ámbito de la sociología, sino también al jurídico, se plantea una interrogante que las siguientes dos tesis tratan de resolver: ¿el transporte gratuito es un contrato o, por el contrario, los daños causados al viajero únicamente pueden originar una demanda fundada en el acto ilícito?

27.5.2.2. La tesis contractualista

Esta segunda tendencia es defendida por un gran número de tratadistas, entre los que destacan Savatier, Peretti-Griva, Lalou, De Aguiar Dias, y Mosset Iturraspe. Estos importantes juristas, si bien con argumentos distintos, parten de una idea en común: el transporte benévolo configura un verdadero contrato, siendo, entonces, contractual la responsabilidad civil a la que puede conllevar por daños acaecidos durante el traslado.

Savatier,[894] al respecto, sostiene que cuando el transporte se realiza con el consentimiento o la solicitud del interesado, es posible observar nítidamente que se ha caracterizado un contrato. Para el renombrado tratadista francés, resulta claro que quien recoge a una persona en su vehículo se compromete a transportarla o, al menos, se obliga a no hacerla descender intempestivamente en el camino, sin recursos para llegar a su destino.

Señala también que, en suma, el transporte benévolo constituye un contrato innominado que posee similitudes con las figuras contractuales del mandato y del depósito; ambos, contratos gratuitos y esencialmente revocables y en los que se restringe la facultad del mandatario o del depositario, por cuanto no pueden desobligarse de manera inoportuna o inesperada.

Afirma, además, que la responsabilidad del transportista es contractual, y que la misma debe determinarse por la intención de las partes, siendo intuitivo que el transportador gratuito no tiene la intención de obligarse a una vigilancia igual a la del transportista asalariado. El grado de vigilancia o diligencia a que está obligado el transportador, se determina, por consiguiente, y a la luz de este raciocinio, indagando la intención de las partes contratantes.

[894] Citado por Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 583 y 584.

Podemos observar que la posición de Savatier se traduce en la moderación de la responsabilidad del transportador. Esto, ya que, investigando las intenciones de las partes y lo que virtualmente se encuentra comprendido en la relación contractual de cada caso, se va a encontrar que el transportista no ha querido asumir —como deudor del servicio prestado— una responsabilidad semejante a la que emana de los contratos onerosos; toda vez que el transportado, al aceptar el traslado, no ha pensado en exigir del conductor una responsabilidad y una vigilancia que corresponda al transporte remunerado.

Con una argumentación semejante, Peretti-Griva[895] clasifica al transporte gratuito como un contrato innominado, a través del cual alguien se obliga, sin contraprestación, y sin importar por qué motivo, al transporte de otro.

El profesor italiano no piensa que la gratuidad de la prestación del transportista desnaturalice la relación contractual.[896] En consecuencia, sostiene que quienes defienden la tesis extracontractualista cometen

[895] Citado por: De Aguiar Dias, José. *Tratado de Responsabilidad Civil. Op. cit.*, tomo I, p. 202.

[896] Esta opinión no es compartida, entre otros, por Ripert y De Ruggiero, quienes ven en la onerosidad de la prestación, en la retribución, un elemento esencial de todo contrato de transporte.
Georges Ripert define al contrato de transporte como la convención por la cual, una persona llamada transportador, se obliga mediante una remuneración a entregar en otro lugar una cosa, que se le ha remitido, o hacer recorrer a una persona un itinerario determinado.
Roberto De Ruggiero afirma, por su parte, que el contrato de transporte puede definirse como aquel por cuya virtud, el propietario o poseedor de un vehículo, se obliga a efectuar el transporte de personas o de cosas, de un lugar a otro, por una determinada compensación económica.

un error fundamental, esto es, se olvidan que, eximido del *onus* de la prueba, el transportador gratuito, en compensación, respondería hasta por culpa levísima, lo que importaría la afirmación de un principio absurdo: que la falta de contraprestación tiene la fuerza de establecer una agravación de la responsabilidad.

Por su parte, Lalou[897] destaca que la gratuidad de la prestación no es un elemento decisivo para excluir, necesariamente, el carácter contractual de la relación jurídica. Argumenta que la diferencia que existe entre el transporte gratuito y el oneroso es semejante a la existente entre la compraventa y la donación, por lo que en ella no puede fundarse la extracontractualidad de la figura.[898]

José de Aguiar Dias,[899] luego de realizar un exhaustivo análisis sobre el tema, concluye sentando su posición contractualista y rechazando las objeciones presentadas por Josserand. Expresa lo siguiente:

> El transporte gratuito será una convención innominada, una estipulación *sui-generis*, aunque su carácter llene de espanto los servicios de la forma, que se detienen en desmenuzar pormenores menos importantes, cuando lo que importa es el contenido. El carácter contractual del transporte gratuito se transparenta en el acuerdo de voluntades sobre la conducción, solicitada, ofrecida, impuesta por una conveniencia social, etc. El transportador tiene la libertad de no transportar, de no entrar en relaciones con el pasajero y solo ahí existe un signo de que ha tenido lugar el acuerdo referido por el contrato.

[897] Citado por De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo I, pp. 202 y 203.

[898] Lalou, no obstante, no toma una postura igual de radical que Savatier y Peretti-Griva, puesto que reconoce que, en ciertos casos, aun fuera de aquel en que hay ausencia de intervención de la voluntad del transportado, el transporte gratuito no es un contrato. Hay situaciones, para este autor, en que las relaciones entre transportado y transportista no son otra cosa que relaciones sociales o mundanas que, por ende, no pueden generar un contrato. De manera similar, los Mazeaud aceptan la responsabilidad contractual para ciertos matices del transporte benévolo, y lo rechazan para los supuestos denominados por ellos como transporte puramente gratuito. Los Mazeaud consideran así que el transportador que presta su servicio por amistad, de forma benévola o tolerante, no pretende asumir obligación alguna y mal se haría en equiparar ese supuesto a un contrato.

[899] De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo I, pp. 211 y 212.

De todas las objeciones a la teoría contractual, las más serias son las opuestas por Josserand. Y no impresionan:

(a) el contrato de transporte es esencialmente oneroso. Mal argumento, porque está en las manos del acreedor dispensar la prestación. Supongamos que, en un contrato de locación, el locador, por motivos de cualquier orden, renuncia el precio debido por el locatario. ¿Podrá, por eso, durante el tiempo del contrato dejar de cumplir las obligaciones que le incumben? Por cierto que no, aunque merezca en el caso concreto ser tratado con benevolencia, como acontece con el transportador gratuito;

(b) la contextura del transporte es compleja, mientras que la de los contratos gratuitos es simple. Ahora, eso solo prueba que puede haber contrato gratuito de contextura compleja;

(c) falta de *animus negotii contrahendi*. Es un argumento de prestigio entre los defensores de la teoría extracontractual. Sin embargo, nunca se ha dado una demostración convincente de la ausencia de ánimo de obligarse en el contrato gratuito [...].

El tratadista argentino Jorge Mosset Iturraspe[900] también se adhiere a la tesis contractualista. Pese a que admite que la onerosidad es esencial en el contrato comercial de transporte, afirma que eso no impide la existencia de un contrato civil atípico de transporte gratuito.

[900] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo I, p. 340.

Mosset expresa, pues, que la falta de interés económico en el transportista no es obstáculo para considerar como contractual la relación que se ha formado entre este y el transportado o viajero; relación que se configuraría como un contrato desinteresado al igual que lo son las liberalidades, a saber, la donación, el mandato gratuito, el comodato, etc. Toda vez que afirma, asimismo, que la prestación de hacer —traslado del pasajero— que forma el objeto de la obligación, posee contenido patrimonial.

A diferencia de los autores citados anteriormente, Mosset[901] rechaza la pretensión moderadora que se asienta en la idea de gratuidad, según la cual no se responsabiliza igual al contratante gratuito que al oneroso. Sostiene sobre esto que el *pacta sunt servanda* no se flexibiliza atendiendo a tales razones.

En general, podemos sintetizar la tesis contractual en tres puntos centrales e interrelacionados:

- El transporte gratuito constituye un verdadero contrato.
- La responsabilidad que se deriva de su incumplimiento y de los daños que puedan darse, es por ende contractual.
- El carácter gratuito del transporte hace que esa responsabilidad deba apreciarse de manera menos rigurosa.

Muchas son las críticas que esta corriente ha recibido. Estas críticas u objeciones se presentan como relevantes en tanto implican una reflexión profunda sobre la naturaleza del transporte benévolo, y, por consiguiente, del régimen de responsabilidad que se debe aplicar.

Varios son los autores, entre los que nos incluimos, que consideran que la tesis contractualista se resiente de una falla esencial, que

[901] *Ibidem. Op. cit.*, tomo III, p. 215.

asimismo se configura como un obstáculo insuperable que parte de la propia concepción del transporte benévolo. Así, es factible objetar que quien realiza un transporte gratuito no tiene intención alguna de obligarse sino solo de hacer un favor, de donde se sigue que, ante la ausencia de esa voluntad de obligarse, no puede existir contrato.[902]

Como expresan Cazeaux y Trigo Represas:[903]

> La invitación o conformidad del conductor del vehículo, para transportar desinteresadamente a otra persona, no constituye una declaración de voluntad con significado jurídico, pues aquél solo entiende realizar un acto de mera cortesía; y si no hay intención de obligarse, mal puede pretenderse que exista un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos de las partes, que dé nacimiento a vínculos obligacionales. Se trataría, simplemente, de una situación potestativa para el transportista, que de obligación no tiene, por tanto, nada, puesto que su existencia como tal depende, precisamente, de la exclusiva voluntad del propio obligado; quien, en consecuencia, realizará o no el acto, según su libre arbitrio.

Queda claro, por lo expuesto, que aun cuando no neguemos la existencia de contratos que se caractericen por su liberalidad, por su gratuidad, ello no supone irremediablemente que el transporte benévolo se encuentre dentro de esa categoría. Un contrato implica manifestar la voluntad de obligarse, con todas las consecuencias que de eso puedan derivarse. En el caso del transporte gratuito, parece obvio que el transportista no desea celebrar un contrato; mal haríamos, entonces, en reconocer su celebración y aplicarle las reglas de la responsabilidad contractual.

[902] Al respecto Acuña Anzorena ha afirmado que el transporte gratuito, lejos de ser un contrato, es una simple relación amable, un puro acto de cortesía que por ser tal descarta entre quienes lo realizan toda intención de ligarse contractualmente.

[903] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, p. 584.

A esto debemos agregar que los propios defensores de la tesis contractual no han llegado a un acuerdo al momento de determinar el factor de atribución de la responsabilidad. Algunos equiparan los efectos jurídicos a los que da lugar la imputación de responsabilidad, a los derivados del contrato de transporte a título oneroso, lo que lleva a aplicar la teoría del riesgo creado en virtud de la peligrosidad que encierra el uso de vehículos automotores. Otros, en cambio, se inclinan por el sistema subjetivo, aunque sin llegar a establecer a ciencia cierta cuál es el grado de culpa que da lugar a la imputación de responsabilidad.

27.5.2.3. Tesis de la responsabilidad extracontractual

Si bien hemos descartado la responsabilidad contractual del transportista, eso no significa dejar desprotegida a la víctima de un accidente ocurrido durante un transporte gratuito. La víctima sí cuenta con derecho a reclamar que el sujeto causante cumpla con indemnizarla y reparar, de esta manera, el daño que ha sufrido. Las normas de aplicación son las concernientes a la responsabilidad civil extracontractual.

Ahora bien, esta corriente no presenta uniformidad en lo relativo al sistema de imputación aplicable. Al igual de lo que ocurre con la tesis contractualista, aún no hay acuerdo sobre este punto. Algunos consideran que debe aplicarse la teoría del riesgo creado y con ella las normas referidas a la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas. Por el contrario, otros autores optan por el sistema subjetivo, es decir, por la responsabilidad personal o por hecho propio, aunque con distintos matices en su aplicación, según consideren o no que el transportista benévolo está obligado de la misma forma que quien comete una falta común.[904]

[904] Como señala Trigo Represas, todos esos planteamientos tienden a morigerar la responsabilidad del transportador y, fundamentalmente, a evitar el juego de la inversión del *onus probandi* en aquellas legislaciones en que —sea por disposición de la ley o de la jurisprudencia—, los accidentes de tránsito se rigen por normas especiales, que establecen una presunción de responsabilidad contra el conductor, dueño o guardián del vehículo.

27.5.3. Teorías de la responsabilidad extracontractual

Como acabamos de indicar, esta tendencia presenta distintas variantes o formas de entender la responsabilidad extracontractual que se deriva de estos supuestos.

Josserand,[905] por ejemplo, asume que la responsabilidad por el hecho de las cosas sí juega a favor del transportado benévolamente, para lo cual esgrime una serie de razones, tales como:

(a) Si el pasajero no es contratante es necesariamente tercero y, por lo mismo, tiene derecho a la protección que la ley concede a las víctimas de accidentes por el hecho de las cosas, sin que sea dable distinguir entre el pasajero que paga, el que es transportado benévolamente, y el transeúnte o verdadero tercero.

(b) No cabe suponer una aceptación de riesgos del transporte, de parte del ocupante benévolo, lo que es contrario a la realidad de los hechos, ya que más bien es lógico pensar que antes de aceptar eso, el transportado habría preferido abstenerse del viaje o bien pagar el servicio.

(c) En vista de que interesa al orden público, no es facultativo de los individuos renunciar por adelantado, sea a la indemnización a que daría derecho un daño sobrevenido a la persona física, sea a los medios legales dados por el ordenamiento jurídico.

[905] Citado por: CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo II, pp. 583 y 584.

(d) Fundada esta especie particular de responsabilidad en la idea de poder y dirección, el conductor que los ejercita debe responder en sus relaciones con el pasajero trasladado gratuitamente; los principios deben ser los mismos en cada caso.

(e) La aplicación pura y simple de la presunción de culpa, no obstante el carácter gratuito del transporte, no deja de lado la idea de justicia, pues los jueces siempre podrán moderar la indemnización, sobre la base de las causales de exención que permite la aplicación de este tipo de sistema.

Los postulados de la teoría formulada por Josserand han sido duramente criticados.[906] En nuestra opinión es suficiente, para mostrar las imperfecciones de su tesis, un solo argumento: La postura tomada por este jurista francés ha olvidado cuál es el fundamento del sistema del riesgo creado en el que se sustenta la responsabilidad por el hecho de las cosas.

En más de una oportunidad hemos afirmado que cuando la responsabilidad civil tiene como origen el hecho de las cosas, el planteamiento sobre el cual se construye la teoría del riesgo creado, responde a la siguiente idea: «Está obligado a indemnizar aquel que se aprove-

[906] Cazeaux y Trigo Represas han reproducido dichas criticas afirmando que:
- La noción de tercero es muy relativa, y en todo caso hay evidente diferencia entre el transeúnte y el pasajero a título gratuito.
- El solo hecho de participar en el uso de la cosa hace presumir la aceptación de los riesgos, sin que se necesite para ello una investigación de la probable intención del transportado.
- Conforme a las normas que rigen la guardia jurídica, para que exista responsabilidad por parte del guardador es preciso que la víctima no haya usado gratuitamente la cosa.
- Sería contrario a todo sentimiento de justicia, tratar con igual severidad al que presta un servicio con miras a su retribución, que al que lo hace sin interés alguno, graciosamente y por pura complacencia.

cha de una cosa o de una actividad riesgosa». Es de allí de donde se deriva la regla de presunción de culpa contra el causante del daño, toda vez que se protege a la víctima. Por ende, si las personas que sufren un daño se estaban sirviendo de las cosas al momento del accidente, ya entra en juego la presunción de responsabilidad.

Observamos, al respecto, que en Francia la Corte de Casación se pronunció de manera similar, afirmando que la regla de la presunción de culpa en los casos de daños producidos por el hecho de las cosas fue establecida para proteger a quienes son víctimas de ellas en razón de los peligros que comportan. De donde se sigue que, si las personas que sufren un daño se aprovechaban de las cosas al momento en que ocurrió el hecho, la presunción de responsabilidad no tiene cabida, pues la víctima —de alguna u otra manera— se ha asociado al conductor corriendo en común los peligros que le son propios.

También resulta interesante la posición de Llambías,[907] a la que nos adherimos, en tanto rechaza la aplicación, a este supuesto, del régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas, aunque sin dejar de considerar algunos matices que dependerán de las circunstancias que se presenten:

> Por nuestra parte, pensamos que el damnificado por un transporte benévolo se encuentra sujeto a los principios de la responsabilidad extracontractual, con la sola excepción de no ser atendible su pretensión resarcitoria del daño causado por el riesgo de la cosa. A falta de una obligación preexistente que le imponga al transportador la obligación de trasladar al transportado, con el deber de seguridad personal que esa obligación

[907] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 544.

implica, el lesionado durante un transporte benévolo tiene derecho a la indemnización correspondiente siempre que pruebe:

1) que el daño reconoce su causa eficiente en el hecho del transporte efectuado;

2) que el transportador ha sido culpable del hecho dañoso.

Establecidos esos dos extremos, el transportador responde por el daño ocasionado [...].

Si el daño fuese causado por el vicio de la cosa (p. ej., rotura de dirección, a consecuencia de la cual se produce el vuelco del automóvil), la responsabilidad del transportador subsiste como dueño o guardián de dicha cosa sin que sea necesario producir la prueba de su culpa, que resulta revelada por el hecho dañoso.

En cambio, si el daño es causado por el riesgo de la cosa, el transportador benévolo no es responsable. La reparación del daño en este caso no tiene por base la culpa del transportador sino el hecho de la creación del riesgo, en cuyo hecho ha participado el propio transportado.

Queda por resolver una cosa, esto es, con qué grado de diligencia debe conducirse el transportista para evitar que se le pueda imputar responsabilidad por los daños sufridos por la víctima; o, lo que es lo mismo, cuál es el grado necesario de culpa para que dicha responsabilidad pueda imputársele.

No coincidimos aquí con quienes buscan, por móviles humanitarios, moderar la responsabilidad de aquel que ha realizado un acto generoso. Ni tampoco que pueda servir como eximente la aceptación de los riesgos que, si bien es útil al momento de discriminar el sistema de imputación a aplicar —el de riesgo creado o el subjetivo—, no constituye una causal de exoneración a favor del conductor.

Todo lo contrario, estimamos que admitir esas posiciones es desproteger a la víctima que, sin embargo, sí está obligada a probar la conducta negligente o culposa del conductor del vehículo. Para lo cual basta, a nuestro modo de ver, la culpa leve, puesto que es el conductor quien tiene el «dominio» de la situación, por lo que de su comportamiento depende no solo su seguridad sino también la del pasajero. El juez se encargará de evaluar las circunstancias del caso concreto y buscará llegar, sobre la base de lo que su examen le haya permitido deducir, a una resolución eficiente.

27.5.4. A modo de conclusión

Luego del análisis realizado, podemos afirmar que el transporte terrestre de personas a título gratuito es un problema complejo que, además de involucrar perspectivas y reflexiones sociológicas o de alguna otra índole, tiene injerencia en la vida jurídica de las personas.

El transporte benévolo, como ha quedado anotado a lo largo de estas páginas, aún continúa despertando dudas en cuanto al régimen de responsabilidad civil aplicable. Las posiciones que actualmente conviven son diversas, y cada una conlleva consecuencias para nada inofensivas, en especial si recordamos las diferencias que existen entre uno y otro régimen de responsabilidad, toda vez que lo que está en juego son intereses concretos de personas reales.

Nosotros hemos optado por sostener que, si bien el transporte benévolo establece relaciones jurídicas y, por ende, implica efectos jurídicos, no supone la existencia de un contrato en sentido estricto. Ello, a grandes rasgos, puesto que no existe intención alguna en las partes de obligarse, de contratar entre sí.

Lo anterior, sin embargo, no puede llevarnos a inferir que los pasajeros a título gratuito que sufren algún tipo de daño, no puedan exigir una reparación; supuesto en el cual, somos de la idea que el régimen de responsabilidad aplicable es el extracontractual.

Dependerá de un examen de las circunstancias en que se produjo el accidente, y, consecuentemente, del daño, para determinar si se aplica el sistema subjetivo o el del riesgo creado. El primero será de aplicación cuando el daño haya sido causado por «el vicio de la cosa»; mientras que no ocurrirá lo mismo en los casos en que la causa sea atribuible «al riesgo de la cosa», hipótesis en la cual se deberá examinar la culpa del conductor, no bastando con verificar la existencia del daño y la relación de causalidad.

Como es lógico, aquí deberán tenerse en consideración las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual.

Así, por ejemplo, la culpa concurrente que no constituye un elemento particular del régimen relativo al transporte benévolo, sino común a cualquier especie de responsabilidad. Pero, por las especiales circunstancias en que se suele originar este tipo de transporte, es común que el damnificado sea también culpable, por haber aceptado o solicitado ser trasladado en las condiciones ocurrentes. Hay, entonces, culpa del transportado cuando no conocía al conductor al tiempo de iniciar el viaje; cuando se aventuró a viajar de noche en un vehículo carente de faros reglamentarios; cuando la víctima conocía el estado de embriaguez en que se encontraba el conductor; etc. En tales supuestos, la indemnización, en armonía con los principios jurídicos aplicables a cualquier hecho ilícito, será disminuida en proporción a la incidencia de la propia culpa del damnificado en el daño sufrido.

De igual modo, la evaluación del caso debe tomar en cuenta las causales de exoneración que puedan presentarse y a las que antes nos hemos referido.

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte, Tomo XI
Se terminó de imprimir en el mes de octubre del 2003
en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A.
(Reg. Ind. 15621), Gral. Varela 1577,
Lima 5, Perú

PRÓXIMOS TÍTULOS DE DERECHO

DERECHO COMUNITARIO ANDINO
Fabián Novak (Coordinador)
(con la colaboración de la Comunidad Andina)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
Fabián Novak (Coordinador)
(con la colaboración del Comité Internacional de la Cruz Roja)

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN EL PERÚ DEL SIGLO XIX
Marcial Rubio Correa

LA DESPROTECCIÓN DEL CÓNYUGE Y DEL TERCERO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES
José Almeida Briceño

LOS ORÍGENES DEL GOBIERNO REPRESENTATIVO EN EL PERÚ. LAS ELECCIONES (1809-1826)
Valentín Paniagua Corazao
(en coedición con el Fondo de Cultura Económica)

RÉGIMEN TRIBUTARIO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: PERSPECTIVA PERUANA
Italo Fernández Origgi

Fondo Editorial de la PUCP
Plaza Francia 1164
Cercado de Lima
feditor@pucp.edu.pe



Tratado de las Obligaciones

La presente obra trata sobre la Teoría General de las Obligaciones y luego analiza, en forma exegética, el articulado del Código Civil Peruano de 1984 relativo a esta materia, vinculando los temas con sus antecedentes nacionales y extranjeros, doctrina, jurisprudencia y concordancias.

En palabras del ilustre jurista argentino Doctor Guillermo A. Borda «...esta obra excede largamente de un prolijo comentario del Código Civil de 1984; es una obra de un significado universal, de la que no podrá prescindir ningún estudioso del derecho civil y que honra a la literatura jurídica peruana y latinoamericana».

ISBN 9972-42-600-9

9 789972 426001