

*Responsabilidad en obligaciones  
ejecutadas por terceros*  
*Liability Regarding Obligations Undertaken  
by Third Parties*

Felipe Osterling Parodi\* Mario Castillo Freyre\*\*  
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i13.40>

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

\*\* Mario Castillo Freyre. Magíster y doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos) en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio <[www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)>.

Lex



*Yvette.* Óleo sobre tela (120 x 90 cm).

## RESUMEN

A través del presente artículo, los autores buscan analizar los alcances y limitaciones del contenido del artículo 1325 del Código Civil peruano, el cual trata el tema de la responsabilidad en las obligaciones ejecutadas por terceros. Así, en principio esbozan algunas ideas en torno a la responsabilidad contractual, para, posteriormente, entrar en el análisis de esta figura exponiendo las diversas teorías que sobre el particular se han planteado. Asimismo, analizan las condiciones para que proceda la responsabilidad contractual indirecta, las acciones derivadas de este tipo de responsabilidad, los principales supuestos que se presentan, entre otros.

**Palabras clave:** *Derecho de obligaciones, responsabilidad, terceros, Código Civil.*

## ABSTRACT

Through these lines, the authors pursue to analyze the extent and limitations of the provisions contained in article 1325 of the Peruvian Civil Code, which rules the matter of liability regarding obligations performed by third parties. Thus, in principle, they have outlined certain ideas regarding contractual responsibility so that, thereafter, enter into a deep analysis of this figure pointing out several theories regarding this issue. Likewise, the conditions to proceed with indirect contractual responsibility have been analyzed therein, the actions derived from this kind of responsibility, the principal assumptions and parameters that could arise, among others.

**Key words:** *Law of obligations, responsibility, third parties, Civil Code.*



## 1. CONCEPTO

Antes de iniciar el análisis del artículo 1325 del Código Civil peruano, creemos necesario realizar un breve estudio sobre los límites y alcances de la 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 esta se asuma como tal, es preciso que concurren, además, otros elementos:

(a) Debemos encontrarnos, esencialmente, dentro de la denominada etapa contractual, 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, que solo 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<sup>1</sup> 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.

<sup>1</sup> *Cfr.* Jorge Eugenio Castañeda. “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”. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 236 (año XXI, septiembre de 1963), p. 1187.

De otro lado, la responsabilidad contractual tiene como efectos inmediatos forzar la ejecución de la obligación e indemnizar los perjuicios originados por la inexecución 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 inexecución de una obligación creada por un contrato, o, como dice Manuel Ossorio,<sup>2</sup> la responsabilidad contractual es la originada por el quebrantamiento de un contrato válido.

Ahora bien, cuando dicha responsabilidad emana de la inexecución de las prestaciones “por parte de quienes promulgaron la ley de derecho privado”,<sup>3</sup> a cuyo cumplimiento quedaron obligados en forma expresa, se configura la denominada responsabilidad contractual directa. Es decir, 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 inexecución de las obligaciones.

En cambio, cuando el incumplimiento deriva no del deudor en forma directa, sino de un tercero, dependiente o no de aquel, se configura la denominada responsabilidad contractual indirecta. Este tema se encuentra regulado en el artículo 1325 del Código Civil peruano, el cual señala lo siguiente:

Artículo 1325.- El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario.

Así, Leysser León Hilario<sup>4</sup> anota que la responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones es la institución que comprende 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 estos, salvo estipulación en contrario (argumento del artículo 1325 del Código Civil peruano).<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Cfr. Manuel Ossorio. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1974, p. 674.

<sup>3</sup> Jorge Zago. “Responsabilidad contractual indirecta”. En *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1995, p. 237.

<sup>4</sup> Cfr. Leysser León Hilario. “Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil peruano y pautas para su modificación”. *Thémis*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 38 (Segunda época, 1998), p. 37.

<sup>5</sup> La norma peruana se inspira en el artículo 1228 del Código Civil italiano de 1942, que prescribe lo siguiente: “Salvo

La antigua doctrina alemana<sup>6</sup> afirmaba que el deudor solo respondía de su propia culpa y que la culpa de los representantes o del 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, dados 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 esta 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)’”.<sup>7</sup>

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 estos por obra de los aprendices que aquel tenía a su cargo.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup>

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 solo 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.

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”.

<sup>6</sup> Cfr. Enneccerus y Lehmann, citados por Arturo Valencia Zea. *Derecho Civil. De las obligaciones*. Tomo IV. Bogotá: Editorial Temis. 1988, p. 325.

<sup>7</sup> Cfr. Leysser León Hilario. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Cfr. Elvira Martínez Coco. *Ensayos de Derecho Civil I*. Lima: Editorial San Marcos, 1997, p. 389.

## 2. TEORÍAS QUE SUSTENTAN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL INDIRECTA

A fin de encontrar el fundamento de esta responsabilidad, la doctrina ha desarrollado varias teorías.<sup>11</sup>

### 2.1. 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 Napoleón, 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.

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.

### 2.2. 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<sup>12</sup>—, 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.

<sup>11</sup> Para el desarrollo de este tema, hemos consultado: G. Chironi. *La culpa en el Derecho Civil moderno*. Madrid: Hijos de Reus, 1907, pp. 282-409; José de Aguiar Díaz. *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo I. México: Editorial Cajica, pp. 244-246; Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo II. La Plata: Editorial Platense, 1986, pp. 726-738.

<sup>12</sup> *Cfr.*, Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.* Tomo II. p. 728.

### 2.3. 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.

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.

### 2.4. Teoría de la representación o de la sustitución

Esta tesis cuenta entre sus eminentes defensores a Toullier, Chironi, a los Mazeud, Martin, Cogliolo; y entre los autores latinoamericanos, a Galli, Orgaz, Barcia López, De Gásperi y otros.

Por efecto de la representación, se tiene una aparente confusión jurídica entre la persona del representado y la del representante, de modo que esta parece absorbida por aquella 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 este no deseará ser representado en esa forma —anota De Aguiar<sup>13</sup>—; lo que no es 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 aquella está ocupada, no podría alegar ese hecho para excusarme.

Refutando esta posición, la doctrina<sup>14</sup> 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 este.
- 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.

<sup>13</sup> Cfr. José de Aguiar Días. *Op. cit.* Tomo I. p. 245.

<sup>14</sup> *Ibidem.* p. 246.

## 2.5. 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).<sup>15</sup>

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.

## 2.6. 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 mayoritaria en doctrina, pero negada por nosotros); no obstante, asimismo, se sostiene<sup>16</sup> que dicha crítica revela falta de comprensión en los objetivos de la teoría: siempre existe un resultado prometido, variando solo la fuerza de la obligación del deudor; dicho resultado puede ser menor o mayor, más positivo o más relativamente prometido, pero siempre existe.

## 2.7. Teoría de la fuerza mayor

Esta teoría 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).

## 2.8. 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.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> *Ibidem*. p. 244.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 246.

<sup>17</sup> Cfr. J. W. Hedemann. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Volumen III. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 163.

## 2.9. 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”.<sup>18</sup>

## 2.10. Teoría del concepto de la prestación

Fijándose solo 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.

## 2.11. Teoría de la garantía tácita

La tesis de la asunción de garantía presupone que esta 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.<sup>19</sup>

Para De Aguiar Dias,<sup>20</sup> 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 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.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> *Cfr.* Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.* Tomo II. p. 735.

<sup>19</sup> *Cfr.* José de Aguiar Dias. *Op. cit.* Tomo I. p. 244.

<sup>20</sup> *Ibidem.*

<sup>21</sup> 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 solo el

## 2.12. 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 esa tesis,<sup>22</sup> 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 la culpa del principal. Una culpa que la ley presupone *iuris et de iure* por varias razones. Por lo pronto, porque como toda presunción se atiende *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 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.<sup>23</sup>

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 estos (artículo 1325).

## 2.13. Nuestra posición

Consideramos que el artículo 1325 del Código Civil atribuye responsabilidad exclusiva al deudor, prescindiendo de todo análisis respecto a la falta de diligencia en la elección del personal idóneo para ejecutar la prestación (*culpa in eligendo*) o en la falta de cuidado para controlar la actividad de sus auxiliares (*culpa in vigilando*). Se trata, pues, de una atribución de responsabilidad en base a factores de imputación objetivos; en consecuencia, el deudor no puede liberarse de responsabilidad invocando ausencia de culpa en su actuar.

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 (Leysser León Hilario. *Op. cit.* p. 98).

<sup>22</sup> *Cfr.* Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.* Tomo II. p. 737.

<sup>23</sup> 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 (*Ibidem*).

Si bien el deudor y su auxiliar aparecen identificados en una sola persona ante el acreedor, en sus relaciones internas, en cambio, el hecho de uno de ellos no se confunde con el hecho del otro.<sup>24</sup> Por ende, cuando el deudor resarce al acreedor, por los daños ocasionados dolosa o culposamente por el tercero, le asiste el derecho de repetir contra este de acuerdo al vínculo jurídico que mantiene con el causante directo del daño, que usualmente se fundamenta en contratos de locación de servicios, mandato, entre otros.

A juicio nuestro, no existe controversia respecto a la responsabilidad del deudor por los actos dañosos de sus colaboradores o auxiliares, y es que esta postura encuentra su fundamento en factores de atribución objetivos, que prescinden totalmente de la noción de culpa en la elección o vigilancia.

En tal sentido, se entiende que si el deudor delega en un tercero la ejecución de la prestación a su cargo, asume el riesgo del eventual comportamiento dañoso de este;<sup>25</sup> es decir, siendo el obligado quien inserta riesgos al permitir o propiciar la participación de terceros, entonces, deberá responder por los perjuicios causados por estos.

### 3. 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:<sup>26</sup>

(a) La relación jurídica patrimonial (el contrato) debe haberse formado o concluido entre el deudor y la víctima del daño. Ha de tratarse —como anota 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 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 en el sentido de que el tercero haya necesitado para obrar de una autorización por parte del

<sup>24</sup> Cfr. Carlos Enrique Banchio. *Responsabilidad obligacional indirecta. Hechos de los representantes y auxiliares del deudor en el cumplimiento de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1973, p. 96.

<sup>25</sup> Cfr. Javier Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil*. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 73.

<sup>26</sup> Cfr., José de Aguiar Dias. *Op. cit.* Tomo I. pp. 242 y 243.

deudor. Se establece que solo 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 aquel se haya valido de este para ejecutar la obligación.

De Aguiar Dias<sup>27</sup> 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, etcétera) o convencional (mandatarios, dependientes, sustitutos en general).

Por lo tanto, si el representante actúa culposamente en la ejecución de la obligación a cargo del representado, este sufre las consecuencias del desacierto y responde del daño sufrido por el acreedor.

Sobre el particular, Jorge Joaquín Llambías<sup>28</sup> 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 solo 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.

Enseña que restringiéndonos a los supuestos de hechos lícitos, no cabe duda de que la culpa del dependiente muestra una culpa del propio deudor. Porque una de dos —dice el

<sup>27</sup> *Ibidem*. Tomo I. p. 243.

<sup>28</sup> *Cfr.* Jorge Joaquín Llambías. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, pp. 219 y 220.

citado profesor—: el deudor tenía que obrar personalmente o no. Si ocurre lo primero, su culpa ha consistido en delegar un cometido que tenía que efectuar por sí mismo. Si ocurre 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 ser sufrido por el acreedor, como 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. Ello, en razón de que 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.

La doctrina consultada recuerda que los Mazeaud se refieren a la culpa contractual del representante, y para demostrarla basta que el acreedor pruebe la inexecución 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.

En nuestra opinión, el deudor resulta responsable por los daños ocasionados por terceros de los que se vale para ejecutar la prestación, siempre que concurren los siguientes presupuestos:<sup>29</sup>

a) En principio, la preexistencia de una relación obligatoria que vincule jurídicamente a un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor), siendo este quien autoriza al tercero a ejecutar la prestación destinada a satisfacer el interés de su contraparte;

b) El comportamiento dañoso del tercero debe estar ligado con la ejecución de una o varias prestaciones que integran la situación jurídica del débito;

c) Que el tercero haya sido autorizado por el deudor para ejecutar la prestación a su cargo; por ende, basta que el tercero auxiliar haya sido asociado para el cumplimiento de la obligación a instancias o con anuencia del deudor obligado, tanto para efectivizar el cumplimiento o cooperar al mismo;

d) La cualidad de “tercero” exige que este no haya asumido una obligación frente al acreedor, porque de ser así pasaría a ser deudor, con todas las consecuencias que ello implica,

<sup>29</sup> El artículo 1228 del *Codice Civile* —que resulta similar al artículo 1325 de nuestro Código Civil— menciona que los presupuestos de la responsabilidad del deudor por el hecho del auxiliar son los siguientes: 1) la posición de auxiliar que tiene el autor del hecho; 2) el carácter doloso o culposo del hecho; y 3) la conexión entre el hecho y los encargos encomendados al auxiliar.

en cuyo caso se desobliga del deudor originario o se acumula como un nuevo deudor a la obligación originaria, mancomunada o solidariamente;

e) Es necesario que el daño no resulte imputable al deudor ni que hubiera contribuido a su realización, pues si el perjuicio ocasionado al acreedor proviene de un hecho propio del obligado, nos alejaríamos del terreno de la responsabilidad por hecho de tercero, para ubicarnos en la esfera de la responsabilidad directa por culpa propia.

#### **4. ACCIONES DERIVADAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL INDIRECTA**

En lo referente a las acciones derivadas de la 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 este por vía de acción de regreso o recursoria, cuando haya tenido que indemnizar al acreedor a causa de culpa de aquel. 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, etcétera). 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 y el monto del daño cuyo reintegro pretenda aquel.

(b) Según Eduardo B. Busso,<sup>30</sup> independientemente de la responsabilidad del deudor por la culpa de sus representantes, el acreedor siempre dispone de una acción directa contra estos 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 lo 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.

<sup>30</sup> Cfr. Eduardo B. Busso. *Código Civil anotado. Obligaciones*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar Editores, sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1951, 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.<sup>31</sup>

En nuestra opinión, como el tercero que ejecuta la prestación no reemplaza al deudor ni se convierte en otro obligado, sino que solo es utilizado instrumentalmente para el cumplimiento del débito, esto es, debido a que el acreedor no mantiene vínculo alguno con los terceros, solamente puede ejercitar su pretensión contractual de resarcimiento contra el deudor, único titular de la relación jurídica patrimonial.

Es decir, como el acreedor no se encuentra vinculado por ninguna relación jurídica con el autor directo del daño, no puede ejercitar acción directa en vía obligacional; sin embargo, no existe impedimento alguno para que el acreedor perjudicado accione contra el tercero en vía extracontractual (artículos 1969 y 1970 del Código Civil, según corresponda).<sup>32</sup>

Asimismo, cuando el deudor resarce al acreedor por los daños ocasionados dolosa o culposamente por el tercero, le asiste el derecho de repetir contra este de acuerdo al vínculo jurídico que mantiene con el causante directo del daño.

## 5. PRINCIPALES SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL INDIRECTA

Sobre este particular, podemos mencionar los siguientes:

### 5.1. En el contrato de arrendamiento

El artículo 1683 del Código Civil peruano prescribe que, aun cuando deriven de incendio, el arrendatario es responsable por la pérdida y deterioro del bien ocurridos durante el curso del arrendamiento, si no prueba que han sucedido por causa no imputable a él. Luego, en concordancia con el artículo 1325, agrega que el arrendatario es también responsable por la pérdida y el deterioro ocasionados por causas imputables a las personas que hubiera admitido, aunque sea temporalmente, al uso del bien.

<sup>31</sup> *Cf.* José de Aguiar Dias. *Op. cit.* Tomo I. pp. 243 y 244.

<sup>32</sup> Es pertinente analizar el supuesto del subcontratista, que no puede ser calificado como parte del contrato de obra originario —celebrado entre el contratista y comitente—, quien responderá contractualmente frente a este, pero de manera solidaria con el contratista, respecto de la materia del subcontrato. En aplicación de la norma especial contenida en el segundo párrafo del artículo 1772 del Código Civil, se excluye la norma general del artículo 1325 del mismo texto legal, que consagra responsabilidad exclusiva del principal.

Como supuesto particular, cabe citar el regulado en el artículo 1693 del Código Civil peruano, cuyo texto establece lo siguiente:

Artículo 1693.- Tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario.

Sin duda, este es un caso en el cual la ley establece responsabilidad solidaria ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones del contrato de arrendamiento. Ya sea que dicho incumplimiento obedezca a causa imputable al arrendatario, obedezca a causa imputable al subarrendatario u obedezca a causa imputable a ambos.

Debemos tener presente, también, que podría haber pluralidad de arrendatarios o pluralidad de subarrendatarios, pero siempre estaríamos en presencia de una obligación de carácter solidario.

### **5.2. 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 peruano de 1984), 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 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).

### **5.3. 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).

### **5.4. 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 este por las acciones del subcontratista (artículo 1772 del Código Civil).

### **5.5. En el contrato de mandato**

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.

### **5.6. En el contrato de transporte**

El 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, y que deberán asumir las consecuencias de las pérdidas o daños que resultaren de malversaciones u omisiones suyas o de sus factores, dependientes y otros 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.

## **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, 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,<sup>33</sup> se ha sostenido que no hay dolo o culpa obligacional 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,<sup>34</sup> 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 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, paralela 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 este. 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.

El artículo 1325 del Código Civil establece que el sujeto pasivo de la relación obligatoria responde por los “hechos” dolosos o culposos de las personas que emplea para el cumplimiento de la obligación; sin embargo, no hace referencia explícita a las “omisiones” en que pueden incurrir dichos terceros que colaboran o sustituyen al deudor en la ejecución de la conducta debida. No obstante, no debemos ceñirnos a una interpretación literal y restrictiva del citado dispositivo legal.<sup>35</sup>

En síntesis, estamos frente a un supuesto de responsabilidad contractual indirecta cuando se obliga al resarcimiento a una persona que no es agente productor del hecho u omisión dañoso, sino por hechos ajenos, existiendo previamente un vínculo jurídico.

El deudor es responsable de los actos dañosos ocasionados por las personas de las que se sirve para ejecutar su obligación, resulten los perjuicios del actuar doloso, culposo o inclusive en base a factores de atribución objetivos, cuando el suceso lesivo se produjo con un bien o en ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa o, en general, ejercitando una actividad cuya atribución de responsabilidad se realiza en base a factores de imputación objetivos.

<sup>33</sup> Cfr. Leysser León Hilario. *Op. cit.* pp. 100-102.

<sup>34</sup> Cfr. Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Tratado de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones*. Tomo II, volumen I. Trad. por Blas Pérez González y José Aguer. Barcelona: Bosch, 1954, p. 233.

<sup>35</sup> Cfr. Juan Carlos García Huayama. “Responsabilidad del deudor por hechos de terceros”. *Actualidad Jurídica*. Tomo 222 (mayo de 2012), p. 121.

## REFERENCIAS

- Banchio, Carlos Enrique. *Responsabilidad obligacional indirecta. Hechos de los representantes y auxiliares del deudor en el cumplimiento de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1973.
- Busso, Eduardo B. *Código Civil anotado. Obligaciones*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar Editores, sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1951.
- 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”. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 236 (año XXI, septiembre de 1963).
- Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo II. La Plata: Editorial Platense, 1986.
- Chironi, G. *La culpa en el Derecho Civil moderno*. Madrid: Hijos de Reus, 1907.
- De Aguiar Dias, José. *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo I. México: Editorial Cajica.
- Enneccerus, Ludwig; Theodor Kipp, y Martin Wolff. *Tratado de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones*. Tomo II, volumen I. Trad. por Blas Pérez González y José Aguer. Barcelona: Bosch, 1954.
- García Huayama, Juan Carlos. “Responsabilidad del deudor por hechos de terceros”. *Actualidad Jurídica*. Tomo 222 (mayo de 2012).
- Hedemann, J. W. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Volumen III. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- León Hilario, Leysser. “Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil peruano y pautas para su modificación”. *Thémis*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 38 (Segunda época, 1998).
- Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983.
- Martínez Coco, Elvira. *Ensayos de Derecho Civil I*. Lima: Editorial San Marcos, 1997.
- Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1974.

- Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil*. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil. De las obligaciones*. Tomo IV. Bogotá: Editorial Temis, 1988.
- Zago, Jorge. “Responsabilidad contractual indirecta”. En *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1995.

Recibido: 14/04/2014

Aprobado: 26/04/2014