

EXPLICACIONES  
DE  
**DERECHO CIVIL CHILENO**  
Y COMPARADO

POR  
**LUIS CLARO SOLAR**

Ex-profesor de Código Civil de la Universidad de Chile

Juris præcepta sunt hæc: honeste vivere,  
alterum non lædere, suum cuique tribuere.  
(Ulpiano D. lib. I, tit. I, l. 10, § I.)

~~~~~  
TOMO UNDÉCIMO  
~~~~~

DE LAS OBLIGACIONES

II

IMPRESA NASCIMENTO  
SANTIAGO. — CHILE — 1937

debiera responder hasta de culpa levísima, o que no responderá de culpa alguna. Esto está conforme con una regla del antiguo derecho romano tomada de Ulpianus, quien después de establecer la responsabilidad que impone la ejecución de los diversos contratos, decía que esto debía entenderse si las partes no habían pactado sobre ello, pues si lo habían hecho debía observarse la ley del contrato, *sed hæc ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus vel minus in singulis contractibus nam hoc servabitur quod initio convenit. legem enim contractus dedit* (120).

La diligencia que deba emplearse en el cumplimiento de las obligaciones contractuales queda así sometida a la voluntad de las partes; y sólo en caso que nada hayan estipulado al respecto, tienen aplicación las reglas establecidas por las leyes:

A este respecto la prestación de la culpa en los contratos difiere del dolo que no puede ser renunciado al contratar; porque ello sería ilícito. Por eso, Ulpianus después de reconocer a las partes como se ha visto la facultad que les asiste para pactar, en materia de prestación de la culpa, lo que estimen conveniente en más o en menos, agregaba: *Excepto eo quod Celsus putat non valere si convenit, ne doli præstetur, hoc enim bonnæ fidei iudicio contrarium est; et ita utimur* (121).

#### D.—Culpa contractual y culpa delictual

1063.—La culpa a que el art. 1547 se refiere es la que incide en los contratos principalmente y que por eso recibe el nombre de *contractual*. Ella consiste en no ejecutar o ejecutar mal una obligación resultante de un contrato; y decimos que incide *principalmente* en los contratos, porque es también aplicable a los cuasi contratos y a todos los actos de administración en que la ley exige la prestación de la culpa, como por ejemplo, en las tutelas y curadurías, en la administración del padre de familia, etc.

A la culpa contractual se opone generalmente la culpa delictual o *aquiliana*, nombre este último que le viene de la ley Aquilia relativa al daño causado por un hecho ilícito, *damnum injuria datum*, ley así llamada por haber sido propuesta por el tribuno Aquilius el año 408 de Roma (122). El delito que esta ley prevenía era un delito civil consistente en un daño causado injustamente (*injuria*) a otro. No era necesario que el autor del hecho ilícito hubiera obrado con dolo: bastaba que hubiera incurrido en culpa, *non minus quam ex dolo ex culpa quisque hæc lege tenetur* (123); pero era necesario que el dolo y la culpa consistieran en un hecho propiamente dicho y no en una simple ne-

gligencia, y la ley Aquilia reprime la culpa activa más mínima y no las negligencias aún las más groseras y menos perdonables. Mas, debe advertirse que, cuando un hecho lícito y en sí mismo inofensivo es seguido de una negligencia que llega a hacerlo dañoso para otro, tal negligencia constituye un delito. El cultivador, por ejemplo, que prende fuego a las malezas de su terreno está en su derecho y no ejecuta un hecho ilícito; pero si, por falta de vigilancia, deja que el fuego se propague hasta el terreno del vecino y le consume su cosecha, cae bajo el imperio de la ley Aquilia (124).

La regla formulada en la ley Aquilia ha recibido extensiones sucesivas y es esta regla absolutamente generalizada la que ha pasado a los arts. 2374 y 2329 (arts. 1382 y 1383 del Código francés) que consagran el mismo principio de que «todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta»; por consiguiente cualquiera que sea el grado de negligencia, es decir de culpa; la culpa más ligera de parte de aquel que ha causado el perjuicio bastará para que sea responsable y para que sea obligado a indemnizarlo. La ley se muestra aquí más severa que en materia de contratos: en este último caso el autor del perjuicio responde por regla general de culpa leve in abstracto y excepcionalmente, muy excepcionalmente, de culpa levísima; en el otro caso, responde hasta de la culpa levísima.

1064.—No deben, pues, confundirse los dos casos de responsabilidad, dadas las reglas especiales a que la ley los somete; pero el concepto jurídico de culpa es uno, sin que quepa distinción según que se le examine respecto al cumplimiento de una obligación contractual preexistente, o bien fuera de tal relación; e implica como razón de ser propia la falta de diligencia (125).

1065.—En efecto no hay diferencias fundamentales entre los dos órdenes de responsabilidad, aunque las reglas esenciales concernientes a la responsabilidad contractual se hayan consignado en el título referente al efecto de las obligaciones; y se trate de la responsabilidad extra contractual, o culpa aquiliana en el título de los delitos y cuasidelitos. Fundándose en este hecho se ha dicho que la culpa contractual supone necesariamente un vínculo jurídico anterior, porque consiste en violar una obligación; y que la culpa delictual da por sí sola

(124) Accarias, t. 2, n.º 678; Maynz, t. 2, § 271.

(125) Se suele decir que hay dos clases de culpa, lo que da a entender que tendrían distinto origen; pero en realidad el concepto jurídico de culpa es uno solo y consiste, o en la intención positiva de dañar que constituye el dolo, o en la falta de diligencia que constituye la culpa. Lo que varía son las reglas a que se halla sometida la culpa contractual, que difieren de las que rigen la culpa aquiliana, por la diferente situación jurídica en que se encuentran la persona culpable y la persona perjudicada por su culpa. No aparecen expresados con claridad estos conceptos en Véliz (Fernando) *Estudio sobre el Derecho civil colombiano*, t. 6, n.º 295, que se limita a hablar de dos clases de culpa, y en Alessandri R. *Teoría de las obligaciones*, pág. 76 que expresa que la culpa puede ser de dos clases según sea el hecho en que incide: la diferencia no está en la culpa, ni en el dolo; son las circunstancias en que se producen las que difieren y dan lugar a reglas diferentes.

(120) L. 23, tit. 17 De reg. juris, lib. 50 del Digesto, tomada de Ulpianus.

(121) Dicha ley 23.

(122) Accarias, t. 2, n.º 678.

(123) Inst. § 3, t. 3. De lege Aquiles, lib. 4.

origen al vínculo jurídico sin que exista obligación anterior, lo que significa que la culpa delictual es fuente de obligación y no lo es la culpa contractual. Es cierto que la culpa contractual tiene cabida ordinariamente cuando hay una obligación preexistente creada por el contrato que entre las partes existe, y que esa obligación no es ejecutada o es mal ejecutada por culpa del deudor; y es cierto también que la culpa delictual tiene lugar sin que haya contrato y que en el mismo hecho ilícito que constituye la culpa delictual tiene nacimiento la obligación de indemnizar el daño causado.

Más éste es sólo un aspecto de la cuestión, porque no significa que la culpa contractual no genere obligación alguna, cuando precisamente nace de ella la obligación de indemnizar al acreedor la falta de cumplimiento total o parcial de la obligación. «Si el contrato es una fuente de obligación, dicen los profesores Mazeaud (126), la inexecución del contrato o la mala ejecución del contrato, es decir la responsabilidad contractual, es pues otra. Cuando un contrato se celebra, nace una primera obligación, para cada una de las partes, la de ejecutar la prestación prometida. Cuando esta obligación no es ejecutada, o lo es mal, cuando hay inexecución total o parcial del contrato, un nuevo vínculo de derecho se forma: la obligación para el deudor, para el autor del daño, de reparar el perjuicio causado. Y estas dos obligaciones sucesivas son, a lo menos teóricamente, bien distintas la una de la otra, puesto que si la primera nace de la voluntad común de las partes, la otra existe fuera de ellas: a su pesar el que no ejecuta (el contrato) se hace deudor de daños y perjuicios; contra su voluntad es obligado a reparar el perjuicio sufrido». Esta conclusión aparece confirmada en el art. 1672 de nuestro Código, según el cual «si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor». La obligación de un cuerpo cierto, que se debe, que se extingue por la pérdida de la cosa, desde que deja de tener objeto y es ya imposible su cumplimiento, dice el art. 1672 que *subsiste*, esto es, no queda libre el deudor, si él es culpable de la pérdida, la obligación contractual del cuerpo cierto no existe ya, ni puede cumplirse, desde que el cuerpo cierto pereció; de modo que al decir la ley que *subsiste* en caso de pérdida culpable, no ha podido decir que el deudor esté siempre obligado a entregar ese cuerpo cierto que ya no existe, porque ello sería simplemente un absurdo, sino que el deudor responde de su culpa y queda por eso obligado a dar el precio del cuerpo cierto que se perdió: su obligación ha cambiado de objeto: es,

(126) Mazeaud (Henri y Léon), obra citada, t. 1, n.º 100, pág. 103.

Véase también Demogue, *Traité des obligations*, t. 5, n.º 1231 y 1232; Chironi, *La culpa en el Derecho civil moderno. Culpa contractual*, traducción al castellano de A. Parada, n.º 5 y s.; *La culpa en el Derecho civil moderno. Culpa extra-contractual*, t. 1, n.º 55.

En su memoria de prueba para la licenciatura, Carlos Ducéi Claro, *Responsabilidad civil (Extracontractual)*, parece inclinarse a la misma doctrina.

por lo tanto, una obligación distinta de la que él tenía. Esta obligación ha nacido de la culpa del deudor.

No hay, pues, diferencia esencial entre las dos clases de culpa; y no puede hacerse cualidad privativa de la responsabilidad delictual el ser fuente de obligación para no ver en la responsabilidad contractual más que un efecto de la obligación no cumplida. «En los dos casos se ve nacer una obligación y se ve que esta obligación produce efectos», dicen los profesores Mazeaud (127).

1066.—Esta similitud ha llevado a algunos autores a establecer que el criterio de apreciación de la culpa debe ser el que la ley establece para ello en los delitos o cuasidelitos, como lo ha sostenido Toullier, según hemos visto, y que si la obligación inicial, nacida *ex contractu* o *ex lege*, es extinguida por la pérdida o la imposibilidad de su objeto, la obligación de reparar el perjuicio, que entonces nace, no es ya la deuda primitiva, nacida del contrato, cuasicontrato o ley, sino una obligación que tiene su fuente en los arts. 2314 y 2329, como lo sostiene Grandmoulin, llegando otro autor a decir: «La evidencia para nosotros es que la expresión responsabilidad contractual es una forma viciosa, una forma errónea de lenguaje y que la responsabilidad es necesariamente delictual» (128).

De este modo se pierde la realidad de las cosas y se dejan sin aplicación las reglas legales que han sido dictadas evidentemente en consideración a las relaciones jurídicas establecidas por el contrato entre los contratantes: no es dudoso que la obligación nacida de la no ejecución del contrato sea lógicamente distinta de la que nace del contrato mismo; pero no se puede olvidar que entre estas dos obligaciones existe una vinculación estrecha: la una se substituye a la otra; la segunda nace cuando la primera se extingue. No se puede prescindir de esta dependencia al determinar los principios de la responsabilidad contractual, como no ha prescindido el legislador.

En el estudio que vamos a hacer anotaremos, de paso, las diferencias que existen entre las reglas a que se hallan sometidas una y otra responsabilidad, reservando los detalles para cuando entremos al estudio de la responsabilidad delictual.

1067.—Al establecer los diversos grados de culpa, el art. 1547 se refiere a los contratos, sin distinguir la naturaleza de las obligaciones que de ellos nacen, sean obligaciones de dar o de hacer o no hacer; de modo que se aplica a todas ellas; pero no ha considerado tampoco las obligaciones que no proceden de contratos, sino que han sido generadas por cuasicontratos o que proceden directa e inmediatamente

(127) Mazeaud (Henri y Léon) obra citada, n.º 100 *in fine*, pág. 105, 2.ª edición.

(128) Grandmoulin, *Nature delictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles dans l'ancien droit romain y dans le droit* (these Rennes, 1892), lib. 2, pág. 4 (cita de Mazeaud) n.º 101.

En sentido contrario, Lefevre *De la responsabilité delictuelle et contractuelle. Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1886, citado por Mazeaud, t. 1, n.º 101.

de la ley. ¿Qué responsabilidad rige en las obligaciones que resultan de los cuasicontratos y de la ley? de qué culpa responde el deudor en estas clases de obligaciones? de la culpa *delictual* o de la culpa llamada *contractual*?

La culpa *delictual* y la responsabilidad a que da nacimiento procede del hecho ilícito que ella entraña. El que sin derecho y con malicia o sin ella, causa *injuria* a la persona o propiedad de otro, lo daña, queda obligado para con él a la indemnización: la obligación de indemnizar nace de la culpa, del delito o del cuasidelito cometido no del daño sufrido que debe ser indemnizado; y no nace, por lo mismo del hecho voluntario lícito que constituye un cuasicontrato de que nacen obligaciones, ni de la ley que expresa en ella misma la obligación. Parecería, pues, que la duda sobre las disposiciones que deban ser aplicadas a la culpa *cuasicontractual* o a la culpa *legal*, es ociosa; pero aunque la doctrina se manifestaba en el sentido de que las reglas de la culpa *delictual*, que supone un hecho ilícito, solamente son aplicables en los delitos y cuasidelitos civiles (129), se han manifestado, especialmente en los últimos años, opiniones contrarias a la aplicación de las reglas de la culpa *contractual* a la ejecución de las obligaciones que nacen de los cuasicontratos o de la ley, estimando que deben serles aplicables las de la culpa *delictual* (130).

Pero esta teoría nos parece inadmisibile. Desde luego la forma misma en que está consignada en el art. 1547 la prestación de la culpa, manifiesta que sus disposiciones constituyen el derecho común en materia de culpa; se trata de algo conocido ya y que el Código había venido aplicando en diversas disposiciones (arts. 250, 391, 539, 1260, 1299, 1300, 1329) que establecen obligaciones legales y a los cuales aplica la gradación de la culpa. Por otra parte, en los cuasicontratos, al tratar de la *agencia oficiosa* el art. 2287 dispone que «las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario», estableciendo su afinidad con el contrato de mandato; y el art. 2288 agrega: «Debe, en consecuencia, emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia; pero su responsabilidad podrá ser mayor o menor en razón de las circunstancias que le hayan determinado a la gestión. Si se ha hecho cargo de ella para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, sólo es responsable del dolo o de la culpa grave; y si ha tomado voluntariamente la gestión, es responsable hasta de la culpa leve, salvo que se haya ofrecido a ella, impidiendo que otros lo hiciesen, pues en este caso responderá de toda culpa». De modo que normalmente responde hasta de *culpa leve* y excepcionalmente, sólo del dolo o de *la culpa grave*, el *mínimum* de responsabilidad que in-

(129) Demante y Colmet de Santerre, t. 5, n.º 54 bis IV. Demolombe, t. 24, n.º 404; Laurent, t. 16, n.º 232; Baudry-Lacantinière y Barde, *Obligations*, t. 1, n.º 358.; Duranton, t. 10, n.º 414; Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 3, n.º 3.

(130) Bonnecase, *Supplément*, t. 2, n.º 511; Mazeaud, (Henri y Léon) *Traité théor. et prat. de la Responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, t. 1, n.º 103.

Ducci Claro, obra citada, § 5 del cap. I, se pronuncia en el mismo sentido.

dica el art. 1547, pudiendo llegar a responder *de toda culpa*, es decir hasta de *culpa levísima*, gradación que no hace la ley para los delitos o cuasidelitos en los cuales la responsabilidad es siempre una sola, la del dolo, malicia, o la de culpa, negligencia, que causen daño a otro.

Del mismo modo, en el cuasicontrato de comunidad el art. 2308 hace responsable a cada comunero *hasta de la culpa leve*, responsabilidad igual a la que cada socio tiene en el contrato de sociedad; y en el cuasicontrato del pago de lo no debido, aunque no se califique la clase de culpa del deudor, la distinción que se hace en los arts. 2300, 2301 y 2302, entre su buena o mala fe al recibir lo que se le ha dado en pago, teniéndolo por acreedor, indica que responde del dolo únicamente como el poseedor de mala fe.

Se ve, pues, que el Código aplica a los cuasicontratos las reglas establecidas en el art. 1547. Nada significa que este artículo se refiera particularmente a los contratos, porque, como ya lo hemos manifestado las reglas generales que el legislador ha establecido en los títulos I, II y XII a XXI se aplican a toda clase de convenciones (contratos y cuasicontratos) y a las obligaciones legales, en cuanto les sean aplicables.

Las razones que dan los comentadores del Código francés, y a que han dado especial desarrollo los profesores Mazeaud, no nos parecen conformes con las disposiciones de ese Código, aunque sean menos precisas que las de nuestro Código. Ven ellos, en los principios trazados por sus redactores en materia de responsabilidad *delictual*, un alcance mucho más general que los textos esparcidos que contemplan la responsabilidad *contractual* en las diversas clases de convenciones; de modo que aquellos serían una regla de principios y estos una regla de excepción. Para nuestro Código sobre todo, esta afirmación nos parece caprichosa y sin fundamento, porque la responsabilidad *delictual* sólo tiene aplicación en los delitos y cuasidelitos que no son evidentemente más generales que los actos que resultan de las instituciones jurídicas en que la ley exige la diligencia de un buen padre de familia, y los contratos. Por lo demás, aplicando la técnica jurídica a que ellos recurren, se hace evidentemente menos violencia, porque no es incompatible, hacer extensiva la culpa *contractual* a los cuasicontratos y a la ley que son hechos lícitos, que no aplicarles la culpa, que procede de hechos ilícitos (131).

#### E.—Prueba de la culpa

1068.—La prestación de la culpa exige del deudor el empleo de la diligencia y cuidado correspondiente; y como la obligación debe ser ejecutada en los términos indicados en el contrato, si el deudor no le ha dado cumplimiento, debe suponersele culpable de no haber empleado

(131) Mazeaud (Henri y Léon); obra citada, t. 1, pág. 112, segunda edición.

esa diligencia y cuidado. Así la ley presume que «siempre que la cosa perece en poder del deudor», que debe entregarla, «ha sido por hecho o culpa suya»; y para libertarse de responsabilidad y dar por extinguida su obligación con la pérdida de la cosa, deberá acreditar que no ha sido por su hecho o culpa.

En general, desde que hay inexecución de su obligación, el deudor deberá reparar el perjuicio causado al acreedor, a menos que pueda demostrar que esa inexecución no procede de culpa suya, sino que es debido a culpa del acreedor mismo o a un caso fortuito, es decir, a una causa extraña. El art. 1547 así lo dispone al decir que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito, al que lo alega».

Esta solución está de acuerdo con los principios generales que rigen, la prueba de la existencia de las obligaciones y de su extinción. Desde luego, en cuanto a la prueba de la existencia de la obligación, no puede haber la menor dificultad. El acreedor que demanda a su deudor debe probar que la obligación cuyo cumplimiento le exige, existe; debe probar la existencia del contrato que da nacimiento a esa obligación. Esta solución resulta de los principios generales admitidos por nuestro Código en materia de prueba de las obligaciones. El acreedor que alega la existencia de una obligación, debe justificar la existencia de su afirmación. Aun más; sometido a la prueba de la existencia de la obligación el acreedor, para establecer la cuantía de la responsabilidad del deudor a quien demanda, debe indicar los límites de la extensión de la obligación y por lo mismo, a él le incumbe establecer de que clase de culpa se ha hecho responsable el deudor, si se ha obligado en otros términos que los que la ley señala. El deudor demandado se defiende diciendo que la obligación no existe, porque la ha pagado, o porque se ha producido un hecho que ha extinguido la obligación; deberá naturalmente probar el pago o ese hecho que según él lo libertan de la obligación demandada. Así lo establece el art. 1698 al disponer que «incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta» (132).

Pero ¿puede extender esta solución al caso en que el acreedor pide la condenación del deudor a la indemnización de daños y perjuicios por inexecución de la obligación? La situación, en realidad no cambia, desde el punto de vista del fardo de la prueba, el caso es idéntico, puesto que la defensa del deudor será la misma, ya que alegará o haber ejecutado la obligación cuya existencia ha probado el acreedor, o reconocer la inexecución e invocar la causa extraña que ha impedido el cumplimiento, es decir que no ha dependido de él, ese no cumplimiento. En uno y otro caso el deudor deberá, por lo mismo, probar que ha

(132) Concuerta nuestro art. 1698 con el art. 1315 del Código francés, que tiene una forma distinta más explicativa; pero que en el fondo dispone lo mismo.  
Art. 1315. *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.*

empleado en la ejecución del contrato la diligencia y cuidado a que estaba obligado. La disposición del art. 1547 que establece que «la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», aplica simplemente la regla formulada por el art. 1698 como base fundamental de la prueba, porque su prueba importa establecer que no ha habido culpa y que por lo mismo no existe responsabilidad del deudor por el incumplimiento de la obligación.

1069.—Según, esto el acreedor que demanda daños y perjuicios por la inexecución del contrato no tiene que probar que la inexecución ha sido culpable de parte del deudor: es a éste al que corresponde establecer que no ha tenido culpa en ello, o sea que ha empleado de su parte el cuidado y diligencia a que según el contrato estaba obligado.

Mientras tanto, el que reclama la indemnización del daño que se le ha causado por un hecho ilícito, debe establecer la existencia de este hecho ilícito generador de esa obligación, según el principio establecido por el Código como norma general, de acuerdo con el cual no basta el daño, ni el conocimiento del autor del daño y hay que probarle su culpabilidad.

Al ocuparnos de los delitos o cuasidelitos veremos, sin embargo, las modificaciones que este principio ha experimentado en la legislación social; pero con arreglo al Código esta diferencia entre la culpa contractual y la culpa delictual es perfectamente clara; y se conforma con los principios generales que rigen la prueba. Al acreedor que, en virtud del contrato, reclama los perjuicios de la inexecución de la obligación del deudor, le basta probar la existencia del contrato y el hecho de la no ejecución de éste por parte del deudor: al que reclama la indemnización de perjuicios del daño que se le causa, necesita probar no sólo ese daño, sino la culpa de su autor para establecer la existencia de la obligación de este con quien no lo liga contrato al respecto.

1070.—La disposición del art. 1547 referente a la prueba de la diligencia y cuidado es general; no distingue la clase de diligencia o cuidado, o sea la clase de culpa de que el deudor responde. Pero ¿es aplicable al caso en que el deudor responda de culpa lata y se halle, por lo mismo, obligado únicamente a la más insignificante diligencia, al poquísimo cuidado que suelen emplear en sus negocios propios las personas negligentes y de poca prudencia? Desde que la ley dice que en materias civiles la culpa lata equivale al dolo ¿no deberá aplicarse a su prueba la regla establecida para el dolo según la cual éste debe ser probado al deudor de acuerdo con los arts. 1459 y 1558?

Para resolver esta cuestión hay que determinar el verdadero sentido de la disposición en que la ley equipara en materias civiles la culpa lata al dolo. Si nos atenemos al art. 44, en el contexto de todas sus disposiciones, tal equivalencia no puede significar que la culpa lata sea

dolo, que la simple falta de la insignificante diligencia que basta emplear para que no haya culpa lata, puede ser igual a la intención positiva de inferir injuria a la persona a propiedad de otro. Si la culpa lata y el dolo fueran una misma cosa el art. 44 no habría dado dos definiciones, no habría definido la culpa lata separadamente del dolo.

La culpa lata es equiparada al dolo en materias civiles, porque la negligencia o la imprudencia cometida es de tal modo burda y grosera que es apenas creíble que su autor no haya deseado al obrar; causar el daño que se ha realizado. Para que así sea es preciso suponer, según la definición de la culpa lata dada por Ulpianus y Paulus, que la negligencia del deudor, es de tal manera extraordinaria que es incapaz de entender, lo que todos los hombres entienden, *lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt* (133); *lata culpæ finis est non intelligere id quod omnes intelligunt* (134). Un individuo que así procede, estúpidamente, no podía dejar de ser tratado como el autor intencionado de su negligencia; de otro modo nada sería más sencillo, para evitar la responsabilidad, que invocar su ignorancia o falta de inteligencia: el autor de una culpa intencionada pretendería siempre que, sin duda, se ha conducido de una manera absurda, que, sin duda, su acto parece ser el de un individuo que ha deseado el daño; pero que, si él es un imbécil, no es un malvado. Para cortar radicalmente esta defensa que no habría dejado de presentarse por cada autor de un delito, era necesario crear una presunción; y la ley supone que el autor de una culpa lata ha tenido en el hecho la intención de dañar (135). Pero esta presunción no es absoluta; no es una presunción *juris et de jure*; y admite por lo tanto la prueba que la destruye, la prueba de que el deudor ha empleado la diligencia y cuidado a que el contrato lo obligaba; y que, si a pesar de haberlo empleado ha ocurrido un hecho que le ha impedido cumplir el contrato, él no es culpable. Era, sin duda, esta la idea que expresaba Gaius cuando justificando la opinión de Nerva que decía que la culpa más lata era dolo, lo que no aceptaba Proculus, expresaba que si era cierto que algunos no eran tan diligentes como es conforme a la naturaleza del hombre serlo: *nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est*, no obstante, si ni siquiera presta en el depósito el cuidado que él acostumbra, *nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat*, no carece de dolo; porque sin mala fe no pudo poner en las cosas depositadas, menor diligencia que en las suyas: *fraude non caret, nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam præstabit* (136). Por lo demás, como lo hace notar Accarias (137) no era posible aun entre los Romanos gene-

(133) L. 213, t. 16 *De verb. signif.*, lib. 50 del Digesto, tomada de Ulpianus.

(134) L. 223, mismo título tomada de Paulus.

(135) H. y L. Mazeaud, obra citada, t. 1, n.º 414, t. 3, n.º 203 Léon Mazeaud, *L'assimilation de la faute lourde au dol* (D. H. 1933, *Cronique*, pág. 49; Vaisenet, *La faute lourde* p. 264 y s.; Jossierand, nota, D. 1933, I, pág. 49 y s.

(136) L. 32, t. 3. *Depos. vel contra*, lib. 16 del Digesto, tomada de Gaius.

(137) Accarias, obra citada, t. 2, n.º 662, nota 1, pág. 445.

ralizar la fórmula, *culpa lata dolus est*, diciendo que la culpa lata estuviera asimilada en absoluto al dolo. «Así de toda evidencia ella no bastaba para dar la acción *de dolo*, y con mayor razón no era el equivalente del dolo considerado como elemento constitutivo de un delito civil o de un crimen». Por eso el jurisconsulto Paulus expresaba que en la ley Cornelia el dolo era un hecho necesario para la aplicación de la ley, y en ella no se tenía la culpa lata por dolo; *in lege Cornelia dolus pro facto accipitur, nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur*; y ponía como ejemplo, que si un podador dejaba caer una rama del árbol que podaba sin avisar, y mataba a un transeunte, no se le aplicaba la pena de esta ley: *putator ex arbore quum ramum dejiceret non præclamarerit, et prætereuntem occiderit, ad hujus legis coercionem non pertinet* (138).

Si la ley exige la existencia del dolo para que se apliquen sus disposiciones, no podría admitirse, según esto, que habiendo sólo culpa lata y no intención de causar una injuria a la persona o propiedad de otro, la ley debiera ser aplicada. Como veremos, en la indemnización de perjuicios a que el acreedor tiene derecho por la falta de cumplimiento de una obligación, el deudor sólo responde de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, *si no se le puede imputar dolo*; pero si hay dolo su responsabilidad es mayor. *Imputar dolo al deudor* es probarle su mala fe, su intención de causar daño; y al deudor que sólo es culpable de culpa lata no se le puede imputar dolo (139).

Además, la disposición de la ley, al expresar que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, no ha podido menos de referirse a las tres clases de culpa que indica el inciso primero del art. 1547, puesto que el deudor que responde de culpa lata está obligado a diligencia o cuidado, aunque sea insignificante y no el cuidado ordinario o mediano, ni mucho menos la suma diligencia, a que respectivamente, se oponen la culpa leve y la culpa levísima. Por otra parte, el art. 1547 no hace referencia al dolo, sino únicamente a la culpa, en su división tripartita; y no habría razón alguna para suponer que no se haya referido a la culpa lata al exigir al deudor la prueba del cuidado que según la naturaleza del contrato se le exige.

Por consiguiente, no procediendo el deudor con malicia, aunque responda solamente de culpa lata, al ser demandado por el acreedor podrá defenderse invocando la imposibilidad en que se ha encontrado de cumplir la obligación, a pesar de la diligencia que él ha empleado,

(138) L. 7, t. 8 *Ad legem Cornelianam de cicariis*, lib. 48 del Digesto, tomada de Paulus.

(139) Alessandri R. dice que la equivalencia que establece el art. 44 se refiere a decir que las consecuencias jurídicas, que la responsabilidad del deudor es una misma en materia de dolo y de culpa lata, *Teoría de las obligaciones*, pág. 85. Sin perjuicio de lo que hemos de decir al tratar de la indemnización de perjuicios, observaremos aquí que el art. 1558 exige que el deudor cometa dolo; no bastaría que únicamente hubiera incurrido en culpa lata, porque la culpa supone simplemente una falta de diligencia, una imprudencia sin voluntad de dañar; y cuando la ley exige dolo no basta que haya culpa grave, porque el dolo no se equipara a la culpa grave; es la culpa grave la que se equipara al dolo, sin ser dolo.

en los términos en que estaba obligado a prestarla; y la prueba de esta diligencia a él le corresponde. La responsabilidad de la culpa lata solamente, no altera la regla general de la prueba que reproduce el artículo 1547.

1071.—Se ha fallado que al decir la ley que la culpa lata equivale al dolo no ha hecho absolutamente una confusión de ambos términos, en el sentido de considerarlos sinónimos, porque ello pugnaría abiertamente con el significado o acepción jurídica que a uno y otro corresponde con arreglo a las definiciones que respectivamente da el art. 44 del Código Civil, sino que el precepto que establece esa equivalencia se refiere lógicamente y naturalmente sólo a «sus efectos civiles, o sea a la igualdad de responsabilidad que en lo civil debe afectar tanto al que por su descuido o negligencia no emplea en la cosa sujeta a su administración el cuidado que aun las personas negligentes suelen emplear en sus negocios, propios que es lo que constituye la culpa grave, como al que maliciosamente o con intención positiva infiere injuria a la persona o propiedad de otro, que es lo que se entiende por dolo» (140).

En la especie a que esta sentencia se refiere se trataba de la terminación inmediata del arrendamiento de un predio rústico, fundada en el hecho de haber un incendio destruido casi totalmente las casas de habitación del predio arrendado, derecho que invocaba el arrendador con arreglo a los arts. 1939 y 1979, según los cuales, el colono o arrendatario rústico es obligado a gozar del fundo, como buen padre de familia; y si así no lo hiciera tendrá derecho el arrendador para atajar el mal uso o la deterioración del fundo, exigiendo fianza u otra seguridad competente, y aun para hacer cesar inmediatamente el arriendo en casos graves», según el segundo de estos artículos; o en el caso de un grave y culpable deterioro, según el primero. El arrendatario se había defendido diciendo que en el sumario levantado por el juez del crimen para investigar la causa del incendio se había sobreseído temporalmente por no haberse comprobado que hubiera habido delito en el incendio, ni persona responsable del hecho; y la sentencia de la Corte de Apelaciones, aceptando esta defensa, había declarado que «no basta una administración descuidada o que no sea conforme con la que debe emplear un buen padre de familia (para hacer cesar el arrendamiento) sino que son necesarios casos graves, esto es que el goce del fundo sea tan descuidado y negligente o mal intencionado que importe culpa grave o lata de parte del arrendatario; que esta especie de culpa en materia civil equivale al dolo, o sea intención positiva de inferior injuria a la propiedad de otro... y como intención dolosa debe justificarse, ya que a nadie debe atribuírsele procedimientos fraudulentos sin prueba»; y que el demandante no había acreditado, ni aun lo había

(140) Cas. fondo, 10 de noviembre de 1920, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 19, seg. parte, sección prim. pág. 415 y nota de Luis Claro Solar.

pretendido, que por culpa del arrendatario se hubiera producido el incendio. La Corte de Apelaciones imponía así al acreedor la prueba de la culpa lata, contra la expresa disposición de la ley que declara que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y la prueba del caso fortuito al que lo alega: su sentencia fué casada por haberse violado en ella los arts. 1979, 1547 y 1698 del Código civil, dejando así debidamente establecido que la culpa lata no es dolo y que la prueba del descuido que la produce no corresponde al que invoca este hecho, sino que aquel a quien afecta debe probar su inculpabilidad probando haber empleado la diligencia y cuidado que le correspondía, o que el hecho se debe a un caso fortuito que no afecta a su responsabilidad.

F.—*Culpa in contrahendo*

1072.—*De la culpa al contratar. (Culpa in contrahendo) (141).*—El Código se refiere a la prestación de la culpa sólo con relación a la ejecución de las obligaciones contractuales, estableciendo la responsabilidad del deudor con relación al grado de diligencia o cuidado que debe emplear en el cumplimiento del contrato.

Ha seguido al respecto la misma norma que el Código francés que es aun más restrictivo, desde que se refiere a esta responsabilidad del deudor con relación, únicamente, a la obligación de velar por la conservación de la casa que esté obligado a entregar en las obligaciones de dar.

Por este motivo, no es de extrañar que los intérpretes del Código de Napoleón al exponer la teoría de la prestación de la culpa, hayan designado como culpa contractual exclusivamente aquella que es cometida en el cumplimiento de un contrato. Lo mismo ha ocurrido entre nosotros. Sin embargo, los contratos no se forman repentinamente, en un espacio insignificante de tiempo, sino que muchas veces requieren negociaciones preliminares largas y aun difíciles, discusiones sobre los pormenores del negocio propuesto, afirmaciones del proponente y de la persona a quien se ha propuesto, hasta llegar al fin a producirse el consentimiento de ambas partes y a perfeccionarse el contrato llenando las formalidades requeridas por la ley para manifestar el consentimiento; y después de todo, resultar que el contrato es nulo, porque, por ejemplo, el proponente carecía de facultad para hacer el contrato, o la cosa objeto del contrato no existía ya en el momento de perfeccionarse el contrato. Entre tanto el aceptante de la oferta ha contratado de buena fe; y en la expectativa del cumplimiento del contrato

(141) Jhering, *De la culpa in contrahendo, ou des dommages interets dans les conventions nulles ou imparfaites* (1860) *Oeuvres choisies*, t. 2, trad. Meulenaere; Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, n.º 153 a 161; Baudry-Lacantinière y Barde, *Des obligations*, t. 1, n.º 362; Legros, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*. Dijon, 1900; Filisenrad, *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat, dépenses, frais, accidents, etc.* Thèse, Paris, 1932.

art. 1382 (154); que establece la indemnización por los daños procedentes de un delito o cuasi delito, que evidentemente según lo que hemos dicho, es inadmisibles cuando no se trata de hechos ilícitos. Mas, otros autores como Baudry-Lacantinérie y Barde y Saleilles estiman que no hay inconveniente para aplicar francamente la *culpa in contrahendo*, de acuerdo con los principios de la legislación francesa que a ello no se oponen (155).

Entre nosotros, la cuestión nos parece más clara aún, puesto que las reglas establecidas sobre la formación de los contratos, imponen la obligación de indemnizar al proponente que revocó su oferta tempestivamente.

G.—*Imputabilidad de la culpa; caso fortuito o fuerza mayor* (156)

1077.—La responsabilidad procedente de la culpa supone la imputabilidad al deudor del hecho de no haber cumplido el contrato o de no haberlo cumplido oportunamente. «El deudor, dice el art. 1547, no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora... o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa».

Según la definición del art. 45, «se llama *fuerza mayor* o *caso fortuito* el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. No hay, pues, según la ley, diferencia entre *fuerza mayor* y *caso fortuito*; son términos sinónimos, a pesar de que generalmente se entiende por *caso fortuito* todo fenómeno que es obra de la naturaleza, *vis divina*, un rayo, un terremoto y se llama *fuerza mayor* todo hecho del hombre que imposibilite al deudor para cumplir su obligación, un acto de la autoridad pública (*hecho del príncipe*), el apresamiento de piratas; su carácter común y distintivo es la imprevisión y la imposibilidad en que se halla el deudor de poder sustraerse a él y de evitarlo.

Para que un hecho constituya caso fortuito y libere al deudor de toda responsabilidad por el incumplimiento oportuno del contrato se requiere, por lo tanto, que tal hecho reúna los requisitos siguientes:

a) Que provenga de una causa enteramente ajena de la voluntad del deudor, o sea que el deudor no haya contribuido en forma alguna a su producción; no lo sería, por lo tanto, un hecho en que hubiera participado el deudor;

b) Que sea un hecho imprevisto, o sea, un hecho que dentro de los cálculos ordinarios y corrientes no se haya podido prever; no lo sería,

(154) Planiol, Ripert y Esmein, *Obligations*, t. 6, n.º ... pág. 176; Mazeaud, *Etude sur la responsabilité*, Rev. crim. de droit civil, 1929, n.º 21, 22, 23, 28; H y L. Mazeaud *traité théor. et prat. de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, t. 1, n.º 118 a 121; Meignie, *Responsabilité et contrat* thèse Lille, 1924, pág. 133 y s.; Lalou, *La responsabilité civile*, Paris, 1928, § 279 y § 438; Niboyet, *Questions sur la responsabilité*.

(155) Baudry-Lacantinérie y Barde, t. 1, n.º 362 *in fine*; Saleilles, obra citada, n.º 161.

(156) Wigny, *Responsabilité contractuelle et force majeure*, (Rev. crim. de droit civil, t. 34, 1935, pág. 19).

por ejemplo, la crecida ordinaria de un río en la época del deshuelo; pero si una crecida extraordinaria de un volumen considerablemente superior; o efectuada en otra época, cualquiera que fuere su causa;

c) Que el deudor, a pesar de su diligencia no haya podido evitarlo; no lo habría en un aumento de contribuciones que las partes pueden prever al contratar, ni en el mayor precio de la mercaderías o materias primas, o en el aumento, en general, del costo de producción.

1078.—Por consiguiente si el hecho que el deudor invoca como caso fortuito o de fuerza mayor, ha ocurrido cuando el deudor se haya constituido ya en mora, no libera al deudor de su responsabilidad, porque ya había incurrido en culpa no cumpliendo la obligación oportunamente; y si lo hubiera hecho el caso fortuito no habría podido influir en la inexecución del contrato. Por eso, si se tratara de una obligación de dar y el caso fortuito ocurriera después de constituido el deudor en mora de dar la cosa, responderá de su pérdida; salvo que el caso fortuito fuera de aquellos que hubieran dañado del mismo modo a la cosa debida en poder del acreedor, como el de una inundación que ha hecho desaparecer las casas del deudor y del acreedor, pues en este caso no es la mora del deudor, o sea su culpa, la que ha dado ocasión a que el caso fortuito destruya la cosa. Así lo establece la ley al expresar que el deudor es responsable del caso fortuito, «cuando se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida si hubiese sido entregada al acreedor)».

1079.—Del mismo modo, el caso fortuito no libertará al deudor, si ha ocurrido por su culpa. Así el comodatario de un caballo que hace un viaje, eligiendo un camino no frecuentado y expuesto a los asaltos de bandidos, y es atacado recibiendo el caballo una herida a bala que ocasiona su muerte, ha sido culpable de exponerse a este ataque y de provocar el caso fortuito; y deberá responder al comodante de la pérdida del caballo.

Aquí, en realidad, no responde del caso fortuito, sino que el caso fortuito no lo libera de la responsabilidad que tiene de su culpa, por que el caso fortuito pudo ser previsto y evitado. La ley dice, por eso, que «el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa»; de modo que si su culpa da ocasión a un caso fortuito que impide al deudor el cumplimiento del contrato, es responsable, porque ha sido provocado por su culpa, y no se trataría ya de un acontecimiento absolutamente imprevisto y al cual no le ha sido posible resistir; *omnem vim cui resisti non potest*, según lo expresaba Ulpianus (157).

1080.—El fundamento de la exención de responsabilidad del deudor

(157) L. 15, § 2, t. 2. *Locati*, lib. 19 del Digesto, tomada de Ulpianus.

por precedente del caso fortuito está en que «a lo imposible nadie está obligado». El art. 681 aplica este principio al expresar que «se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; *salvo que intervenga decreto judicial en contrario*», es decir una orden de embargo o de retención de la autoridad competente, un *hecho del príncipe* que constituye una fuerza mayor que el deudor no puede evitar. El caso fortuito, por lo mismo, puede extinguir la obligación sin responsabilidad alguna del deudor; así si se trata de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto, la obligación se extingue sin su responsabilidad por la pérdida de la cosa, sobrevenida por caso fortuito; y si se trata de una obligación de hacer o de no hacer, se extingue también cuando el caso fortuito hace imposible la ejecución del hecho al deudor o cuando ha producido el hecho que el deudor se había obligado a no ejecutar.

Si el caso fortuito ha producido la mora en el cumplimiento del contrato, el deudor no es tampoco responsable; tal mora no da lugar a indemnización de perjuicios (art. 1558).

1081.—El caso fortuito constituye, por lo mismo, una excepción que el deudor demandado puede oponer a la demanda del acreedor. Este probará la existencia del contrato de que nace la obligación cuyo cumplimiento persigue; y el demandado se defenderá invocando el caso fortuito que le ha impedido cumplir su obligación. La ley dice a este respecto que «la prueba del caso fortuito incumbe al que lo alega»; y el art. 1674 reitera este precepto diciendo que «el deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega»; y que «si estando en mora (al producirse el caso fortuito) pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo». No es ésta una novedad, sino la aplicación de los principios de la prueba, según los cuales «incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta».

H.—*Responsabilidad del deudor por los actos o hechos de personas que de él dependan*

1082.—Al referirnos al incumplimiento del contrato por la culpa del deudor o por caso fortuito, hemos tenido presentes los hechos o actos personales del deudor mismo; pero la responsabilidad de éste subsiste cuando esos hechos o actos son de personas por quienes fuere responsable.

Si la culpa ha sido cometida o el caso fortuito ha sido provocado por un empleado, un artesano, un obrero, un sirviente u otro dependiente o agente del deudor se entiende realizado por éste, puesto que con la debida diligencia ha podido impedirlo. Así el art. 1679 dispone que «en el hecho o culpa del deudor» que destruye la especie o cuerpo

cierto que debe, «se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsables»; el art. 1925 establece que, «si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato con indemnización de perjuicios...»; y el art. 1926 agrega que, «si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicios»; el art. 1941 dispone también que «el arrendatario es responsable no sólo de su propia culpa, sino de la de su familia, huéspedes y dependientes», en el goce de la cosa arrendada; el art. 2014 impone al empresario de transporte las obligaciones a que es sometido el acarreador, «como responsable del daño o perjuicio, de la idoneidad y buena conducta de las personas que emplea»; y según el art. 2015, «tendrá lugar la responsabilidad del acarreador no sólo por su propio hecho, sino por el de sus agentes o sirvientes».

Si los actos o hechos que imposibilitan el cumplimiento del contrato provienen de la intromisión de una tercera persona que no se halla sometida al deudor y por la cual, por lo mismo, no responde, no le incumbe responsabilidad por la falta de cumplimiento que procede de casos de fuerza mayor a que no le ha sido posible resistir. Se trataría entonces de un caso fortuito de que el deudor no responde.

1083.—Esta responsabilidad del deudor por los hechos de sus representantes o personas que emplea en el cumplimiento de sus obligaciones, no tiene su fundamento en la disposición general del art. 2320 que establece que «toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones sino del hecho de aquellas que estuvieren a su cuidado». Este principio de la responsabilidad cuasi delictual por otro es un principio absolutamente especial y que no puede ser transportado a la teoría de las obligaciones. Así como la existencia de un vínculo contractual introduce en la responsabilidad directa del hecho personal elementos de apreciación que no se encuentran cuando la persona responsable no estaba ligada respecto de la víctima del daño con ninguna obligación jurídica preexistente, sino con la obligación legal general de abstenerse de todo acto ilícito, así también la responsabilidad contractual del hecho de otro difiere de la responsabilidad delictual del hecho de otro por su objeto, por su campo de aplicación, por su extensión. Desde que se trata de una cuestión de ejecución de la convención, la teoría de la responsabilidad del hecho de otro en materia contractual debe reposar sobre las disposiciones de la ley relativas a la inexecución de las convenciones; la falta delictual no tiene que ver en ella (158).

Nuestro Código, siguiendo en esto al francés, no formula el prin-

cipio general de la responsabilidad contractual por otro, como lo hacen los Códigos extranjeros más recientes; pero la aplicación del derecho común de la responsabilidad contractual basta para dar al problema una solución conforme con las necesidades de la práctica y con las exigencias del derecho.

Naturalmente se entiende que el tercero ha intervenido en la ejecución del contrato por voluntad del deudor. Si el tercero interviene de su propia cuenta en la ejecución del contrato e impide con ello al deudor cumplir su obligación, este último escapa a la responsabilidad cada vez que el hecho del tercero constituye un caso de fuerza mayor, es decir, un acontecimiento imprevisto e irresistible. Al contrario, si el deudor podía, sea prever, sea impedir la intervención del tercero, deberá responder de la inexecución; pero se trata entonces de una responsabilidad contractual por hecho personal y no por hecho de otro, porque no es el hecho de éste el que le ha impedido la ejecución, sino la negligencia de que ha dado prueba no evitando o no previendo el acontecimiento que debía oponerse a la ejecución. El art. 2243 aplica esta regla.

El dominio de la responsabilidad contractual por otro se encuentra restringido al caso del tercero que ha sido encargado de la ejecución, sea por la ley sea por el deudor. El primero es el caso de un representante legal. El segundo caso ocurre cuando el deudor pide a un tercero que lo ayude en la ejecución, o se substituye enteramente a él en esta ejecución. Las necesidades económicas no permiten discusión a este respecto: ¿Cómo se podría pensar en exonerar al industrial que entrega un objeto defectuoso, so pretexto de que no es él sino su obrero el que lo ha ejecutado mal?

Pero ¿por qué es responsable el deudor de la inexecución de su obligación cuando esta inexecución es el hecho de un tercero que ha sido encargado de la ejecución? Esta cuestión ha dado lugar en Alemania a dos tesis adversas, la teoría clásica de la culpa y la teoría del riesgo.

Según los partidarios de la primera, la responsabilidad del deudor está fundada en una falta cometida por éste, culpa contractual bien entendido: el deudor que ha prometido la ejecución debe satisfacer su obligación; si no lo hace, es culpable. Es exacto que la culpa contractual resulta de la sola inexecución de la obligación; pero es también necesario que esta inexecución sea debida al hecho personal del deudor. Por consiguiente, cuando la inexecución es el hecho de un tercero, no se puede sostener que el deudor sea personalmente culpable. Sólo podría serlo en un caso: aquel en que el deudor estaba obligado a ejecutar el mismo la obligación, entonces, al substituirse un tercero con menosprecio del contrato, ha cometido una culpa personal; y responde de su hecho, no del hecho de otro. La teoría clásica de la

(158) Berguet, *De la resp. du fait d'autrui en matière contractuelle*. (Rev. trim. de Droit civil, t. 13, 1914, pág. 252 y s...) y traducción en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 12, 1915. H. y L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de droit civil delict. et contract.* t. 1, n.º 967 y s.

culpa es, por lo tanto, insuficiente para explicar la responsabilidad contractual por otro en los demás casos.

Se ha tratado de robustecerla fundándose en la voluntad tácita del deudor, que prometería tácitamente al acreedor la garantía del hecho de sus auxiliares, asumiría así la obligación contractual de reparar la inexecución que es el hecho de estos últimos; pero esto es suponer en las partes contratantes una intención que ellas no han tenido al contratar; y por lo mismo la suposición de una tácita garantía no puede ser el fundamento de la responsabilidad del deudor.

En cuanto a la teoría del riesgo, se funda en que el deudor que se aprovecha de la ayuda de los terceros que emplea en la ejecución de la obligación debe correlativamente responder de la falta de ejecución de éstos. Unger que ha sostenido esta teoría en Alemania, dice según Becqué (159): «el que obra en su interés propio, obra a su propio riesgo. En el conflicto de intereses que nace entre el deudor y el acreedor para saber quién soportará el daño causado por los auxiliares del deudor sin la culpa de éste, la balanza debe inclinarse en favor del acreedor; el deudor que llama auxiliares, los llama en su interés, se aprovecha de su actividad lícita, debe en consecuencia soportar los efectos de su actividad culpable. Se sirve de ellos en su interés, por lo tanto, a su propio riesgo; si la ley le concede el derecho de servirse de la fuerza de otro para cumplir su obligación, es a condición de soportar el daño que de ello puede nacer: el viejo principio *cujus commoda, ejus incommoda* no es solamente un principio abstracto de derecho, corresponde a la conciencia popular que siente cuan equitativo es hacer soportar el riesgo al que obtiene el provecho». Pero esta teoría no justifica tampoco el principio general de la responsabilidad por el hecho de otro, cuyos servicios pueden ser útiles no sólo al deudor sino también al acreedor. «La división del trabajo es hoy una necesidad económica, y no se puede afirmar que ella sirva únicamente al deudor que ejecuta y no al acreedor, dice Becqué (160); hay prestaciones que el deudor no puede ejecutar por sí sólo, sin auxiliares y el acreedor está tan interesado como él en su exacto cumplimiento». Rechaza, pues, esta teoría de Unger que pretende explicar la responsabilidad del deudor por sus auxiliares por medio de una concepción puramente objetiva de la responsabilidad contractual, de la cual el elemento *culpa* sería desterrado para dar lugar a la simple causalidad material del hecho dañoso, doctrina que pugna con los principios adoptados por el Código alemán, según los cuales el deudor queda libre todas las veces que la imposibilidad de ejecución no le es imputable (art. 275); y la responsabilidad del deudor por la culpa de su representante legal o de las personas de que se sirve para la ejecución de su compromiso en la misma medida que si se tratara de su culpa personal (art. 278), no puede ser una aplica-

ción de una concepción objetiva cuyo principio ha condenado el Código alemán, sino una excepción a la concepción subjetiva que es la suya (161).

Pero el hecho es que la responsabilidad del deudor por los actos u omisiones de sus auxiliares constituye una imperiosa necesidad económica. El desarrollo de la industria, los progresos del comercio, el nacimiento de grandes industrias han llevado muy lejos la división del trabajo; y en la organización económica contemporánea una multitud de individuos coopera de diversas maneras a la ejecución de una obra, de suerte que importa en el más alto grado saber si el industrial o el comerciante responde de los auxiliares múltiples de que se sirve. El cumplimiento puntual de las obligaciones tiene una importancia decisiva y es la base del crédito que no podría existir si el deudor pudiera liberarse por la culpa de sus auxiliares. Es, por eso, necesario que el deudor responda de una manera absoluta del hecho de sus auxiliares. Debe soportar el riesgo de la inexecución por la culpa de las personas que se ve obligado a emplear. Este riesgo es para él un «pasivo» de la empresa que debe tomar en cuenta como otras eventualidades desfavorables.

No constituye este riesgo un caso fortuito o de fuerza mayor; y el deudor sólo puede quedar libre de responsabilidad cuando el incumplimiento de la obligación procede de la imposibilidad que se funda en el caso fortuito. Aceptamos en este punto la opinión de Becqué, que estimamos perfectamente ajustada a nuestro Código. El art. 1547 expresa que el deudor no es responsable del caso fortuito, no estando constituido en mora o no sobreviniendo el caso fortuito por su culpa; y por caso fortuito se entiende «el imprevisto a que no es posible resistir». Un fabricante que ha vendido una máquina hecha, en su usina y que debe entregar seis meses después, dispone la fabricación de la máquina que confía a determinados obreros; la máquina no es fabricada por éstos en tiempo oportuno o es ejecutada con defectos que no permiten al fabricante entregarla en la época fijada en el contrato; el fabricante no puede liberarse de las consecuencias de la inexecución del contrato invocando, como caso fortuito, el hecho de los operarios, porque ese hecho no es un imprevisto que no le fuera posible evitar, desde que pudo elegir otros obreros a quienes dar el trabajo, o vigilar la ejecución de éste.

Becqué invoca las disposiciones de los arts. 1147 y 1148 del Código francés que exigen la prueba del caso fortuito para que el deudor pueda verse libre de responsabilidad; y dice que la noción de fuerza mayor, según la legislación francesa es esencialmente diferente de la imposibilidad no culpable del Derecho alemán que sólo requiere un elemento, la *ausencia de culpa, la falta de imputabilidad*. «Ahora bien, dice (162.)

(159) Becqué, obra citada, pág. 277.  
(160) Becqué, loc. cit, in fine.

(161) Becqué, obra citada, pág. 278.  
(162) Becqué, obra citada, pág. 285 y 286.



Desde luego, en cuanto a las personas, el deudor responde; aun en caso de no tener culpa personal alguna, de sus *auxiliares*, esto es, de todas las personas de que se sirve para la ejecución de su obligación lo que hace mucho más amplia la responsabilidad contractual que la responsabilidad delictual por el hecho de otro. En esta denominación de auxiliarse se comprenden los empleados, obreros, aprendices, sirvientes, personas de la casa y encargados de todo orden y condición social. Nuestro Código, especialmente aplica esta regla al arrendatario a quien hace responsable no sólo de su propia culpa, sino de la de su familia, huéspedes y dependientes (arts 1941); al acarreador, obligado a responder no sólo por su propio hecho, sino por el de sus agentes o sirvientes (art. 2015); al posadero, que responde de todo daño que se cause a los efectos que el que aloja introduce a la posada, por culpa suya o de sus dependientes, o de los extraños que visiten la posada, y hasta de los hurtos y robos (art. 2442).

Lo que dejamos dicho respecto de las personas naturales se aplica también a las personas jurídicas. Estas son como aquellas responsables de la inejecución de las obligaciones que contraen y responden no sólo de su culpa sino de la culpa de terceros auxiliares a quienes se encomienda la ejecución de las obligaciones o que concurren a ayudarlos en esa ejecución. Véase al respecto lo que hemos dicho al tratar de las personas jurídicas (165).

En cuanto a los hechos de los auxiliares de que el deudor responde no hay que distinguir entre el hecho culpable, propiamente dicho, *culpa in committingdo*, o una omisión culpable, *culpa in omitiendo*; y no sólo de los hechos *culpables*, sino de los hechos *dolosos*, con tal que ellos se relacionen con la ejecución de la obligación, de otro modo no habría responsabilidad contractual. (166).

#### I.—Modificaciones de la responsabilidad. (167)

1084.—Las reglas establecidas en el art. 1547 que determinan la responsabilidad del deudor por la culpa en que pueda incurrir en la ejecución del contrato, así como las que establecen su falta de responsabilidad por el caso fortuito pueden ser modificadas especialmente en ciertos casos por otras disposiciones legales o por los pactos expresos de las partes. El inciso final del mismo art. 1547 así lo establece de un modo general: dice este inciso: «Todo lo cual, sin embargo, se entiende

(165) Véase nuestro tomo V *De las personas*, pág. 283 y s.

(166) Becqué obra citada, pág. 300 y s.; Mazeaud, obra citada, t. 1, n.º 1002.

(167) Boutaud, *Des clauses de non responsabilité, et de la assurance de responsabilité*, y prefacio de Thaller; Bonnecase, *Supplément*, t. 3, n.º 515 a 539; Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 5, cap. 18, n.º 1164 y s.; Becqué *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*. (*Rev. trim. de droit civil*, t. 13, 1914, pág. 311 y s.); Esmein, *Les clauses de non responsabilité* (*Rev. trim. de droit civil*, t. 25, 1926, pág. 313 y s.); Ripert *La règle morale dans les obligations civiles*, cap. 1, n.º 28 y cap. 3, l. n.º 112 a 132; Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, n.º 14 y s. y n.º 329 a 339; L'oup, *La responsabilité des accidents causés par les automobiles*, pág. 181; H. y L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle, et contractuelle*, t. 3, n.º 2516 a 2576 y n.º 267 a 2619.