



COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

¿Responsabilidad por riesgo o garantía? en la responsabilidad objetiva aplicada a la actividad de las empresas de transportes

Comentarios a la Casación N.º 1714-2018 Lima

José Campos Bermúdez*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO

1. Introducción. — 2. Resumen de la casación. — 3. Responsabilidad civil y garantía. — 4. Breve evolución del riesgo como criterio de imputación. — 5. Responsabilidad por riesgo de empresa. — 6. La obligación de la empresa de gestionar los riesgos de su actividad. — 7. El proceso de socialización de los costos de los daños. — 8. La responsabilidad civil del propietario y del empresario de transporte. — 9. Responsabilidad solidaridad o garantía del propietario y el empresario transportista. — 10. Responsabilidad indirecta del propietario por el hecho culpable o no culpable del conductor. — 11. Comentarios a la sentencia. — 12. Referencias bibliográficas.



RESUMEN

Se reflexiona sobre los siguientes puntos: ¿se puede culpar o no a la víctima por la imprudencia en el padecimiento del propio daño?, ¿si se busca el resarcimiento como sanción, se requiere o no analizar la culpabilidad?, ¿si la madre busca la indemnización, puede recaer sobre ella el análisis de si la conducta provoca o contribuye a la causa del daño?, entre otros.



ABSTRACT

It reflects on the following points: can the victim be blamed or not for recklessness in suffering the damage itself? if compensation is sought as a penalty, is it necessary or not to analyze guilt? if the mother seeks compensation can fall on it the analysis of whether the behavior causes or contributes to the cause of the damage?, among others.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Campos, Herbozo & Toribio Abogados.



Palabras clave: Causalidad / Imprudencia / Actividad de empresas / Responsabilidad indirecta

Recibido: 27-09-19

Aprobado: 06-11-19

Publicado en línea: 02-12-19



Keywords: Causality / Recklessness / Business activity / Indirect liability

Title: Liability for risk or guarantee? in the objective responsibility applied to the activity of the transport companies. Comments to Cassation N.° 1714-2018 Lima

1. Introducción

La Corte Suprema, a través de la sentencia que pasamos a comentar, ha concedido a título de daño moral la cantidad de S/800 000 a favor de la madre de Brunito, el menor autista que, luego de haberse extraviado, falleció atropellado por un tren de la empresa Ferrocarril Central Andino S. A. Varias cosas llaman la atención de la sentencia casatoria que pueden ser objeto de crítica, tales como el riesgo como criterio de imputación objetivo aplicado sin atenuantes, la cuantiosa cifra concedida por concepto de daño moral, la imposibilidad material en el esquema rígido y erróneo de la sentencia de las causales de exoneración de responsabilidad, entre otros aspectos.

Hasta podríamos referirnos a sus omisiones quizá obligadas por el principio de congruencia a la que se encontraba vinculada por efecto de la demanda, como por ejemplo la eventual responsabilidad civil de la Policía Nacional del Perú, por no cumplir con su obligación de seguridad luego de denunciada la desaparición del menor, cuyo fallecimiento, horas después, motivó una enmienda legal años después (“Ley Brunito”),

quizá como *mea culpa*, para la atención de estas denuncias.

Y es que no pasa desapercibido para nosotros que, en este caso, hubo un defecto en la prestación de un servicio público cuyo cumplimiento cabal quizá hubiera podido evitar el fatal desenlace, defecto provocado por la desidia del personal policial, sumado a una irracional y cuestionable regulación (una de tantas) que tiene de nuevo su causa en una también desidia de los órganos encargados de legislar; en principio de las autoridades del sector, del Congreso de la República y, asumamos también la responsabilidad, de la sociedad civil. Sí, también de los operadores jurídicos, que muchas veces no nos ocupamos de la solución de problemas reales y concretos.

Por razones de espacio, solo nos vamos a concentrar en el primero de los asuntos. Reservaremos para otro trabajo nuestros comentarios y críticas sobre el cuantioso, y a nuestro juicio, por lo menos en parte, injustificado, arbitrario y, por tanto, ilegal resarcimiento de vocación sancionatoria otorgado a título de daño al proyecto de vida maternal

propuesto en este caso dentro de la voz de daño moral.

Y es que, si bien, empleando la función satisfactiva o la tutela aflictivo consolativa de la responsabilidad civil, el referido daño es legalmente resarcible, existe un problema no resuelto sobre su cuantificación, tarea que, estimamos, no debe limitarse a los defectos procesales de motivación ya advertidos por la doctrina nacional, sino que debe abarcar la reflexión sobre su rasgo sancionador, y, en tal virtud, inexorable debiera ser analizar la constitucionalidad de la condena del daño moral en los casos en que es concedido más allá de la estricta compensación a la víctima, esto es, cuando el Estado echa mano directamente de su *ius puniendi*, como, sin explicitarlo, encontramos que lo hace en la sentencia bajo comentario. Tal reflexión y análisis, que haremos en otro lugar, debe dar cuenta del inevitable encuentro experimentando entre el derecho privado y el derecho público.

El asunto que abordaremos, entonces, es sobre el empleo del riesgo de la actividad empresarial, aplicado en este caso a nuestro juicio como coartada de una, desde luego loable pero antitécnica, solidaridad del tribunal con la víctima; una singular solidaridad estatal, impuesta sobre el bolsillo ajeno, sin atenuantes ni justificación. En efecto, si, como lo menciona cómodamente la Corte Suprema, ya no interesa si el agente actuó con culpa o sin ella dado el carácter objetivo de la responsabilidad civil en materia de

accidentes de tránsito (en este caso ferroviario), consideramos que, una vez más, el Tribunal está llevando ilegalmente más lejos la responsabilidad para endilgarla al *deep pocket*, quien es convertido en una suerte de bróker obligado de la sociedad toda.

Como sabemos, ante la insuficiencia de la respuesta de la culpa, el derecho, mediante la jurisprudencia primero y la doctrina y la ley después, tuvo que salir de sus esquemas clásicos y buscar a agentes que se encuentren en condiciones favorables de resarcir a las víctimas. Así surgieron las distintas teorías del riesgo hasta hoy operativas, pero surgió también una idea que con el tiempo ha adquirido más presencia y a la que se recurre cada vez más. Nos referimos a la idea de garantía que subyace al establecimiento de la responsabilidad objetiva, en particular en los casos de responsabilidad por los hechos ajenos, esquema dentro del cual consideramos se ubica la responsabilidad de la empresa ferroviaria que es objeto de este análisis.

Así, frente a la posición que no le atribuye una autonomía funcional a la garantía dentro de la provincia de la responsabilidad civil, se erigió otra que considera que la responsabilidad por garantía, antes demasiado genérica y amplia como para poder tener éxito, hoy parece ir adquiriendo una notable importancia en el esquema antes aludido. En este sentido, pese a los silencios de las sentencias de las cortes y el escaso rigor al aplicarla, consideramos

que es el concepto de garantía y no la responsabilidad, *stricto sensu*, el que explica mejor la extensión de la responsabilidad hacia personas como el propietario del medio de transporte y a las empresas que realizan esta actividad, no autoras del ilícito.

IMPORTANTE

La responsabilidad por el riesgo de la actividad así debería recaer sobre la persona que la emprende y la crea, porque ella está en la posición de gestionarlo, controlarlo, minimizarlo, pero además porque tiene la posibilidad de tasarlo o valorarlo. Esto significa que puede preparar los acuerdos dirigidos a financiar la compensación en el caso de que el riesgo se verifique en daño a través de mecanismos como el seguro o el precio. Como se podrá apreciar entonces, la vinculación entre la persona y el riesgo no deriva de la inmediata conducta de aquella, sino que se fundamenta en el control económico y organizacional que tal persona ejerce sobre la actividad fuente del riesgo.

Una manifestación de esta noción de garantía que ha cumplido un importante rol en beneficio de la víctima lo es la solidaridad, la cual ha actuado como una suerte de vehículo que ha llevado más lejos las fronteras de la responsabilidad civil.

Este fenómeno, que priorizaba el resarcimiento a la víctima sin importar la razón de la responsabilidad, fue advertido por una doctrina que expresa que “la

creciente atención hacia la reparación, con menoscabo hacia el hecho ilícito (favorecida por una legislación especial cada vez más copiosa) explica por qué la doctrina ya no tiene necesidad —ni ganas— de preguntarse si quien está obligado al resarcimiento es el verdadero autor del ilícito, ni si aquél responde por el hecho ajeno o por hecho propio... todo lo cual constituye un distanciamiento del principio de la moralidad del Derecho”¹.

Como podemos ir anticipado, las hipótesis de responsabilidad civil solidaria del propietario del vehículo y de la empresa de transportes, ferroviaria en este caso, establecidas en el artículo 29 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley N.º 27181, se encuadran dentro de esta noción de responsabilidad por garantía, que merece, si no algunos ajustes de tuerca, por lo menos una adecuada correlación con las causales eximentes de responsabilidad, cosa que la sentencia comentada no ha realizado. Reflexión necesaria en momentos de debate del proyecto de reforma del Código Civil.

2. Resumen de la casación

2.1 Hechos del caso

El 25 de julio del 2012, la señora Lis Rojas Loyola interpuso demanda

1 CORSARO, Luigi, “La responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno en el derecho civil italiano”, en *Ius et Veritas*, n.º 21, Lima: 2000, p. 63.

contra Ferrocarril Central Andino S. A. y Ferrovías Central Andina S. A., a fin de que la indemnice con el pago de S/53 000 por concepto de daño emergente correspondiente a los gastos incurridos y S/150 000 000 000 por daño moral consistente en el sufrimiento en que se encuentra al haber perdido a su hijo y la frustración de su proyecto de vida al lado de él. Ello en razón a que, dos años antes, su hijo Bruno Rodríguez Rojas de once años de edad, quien padecía de autismo, fue atropellado por un tren de propiedad de la primera empresa conducido por John López Jara, produciéndose su deceso instantáneo.

Señala que contra el referido conductor se promovió una investigación penal por homicidio culposo, pero el Ministerio Público declaró no ha lugar la formalización de la denuncia. Añade que su hijo padecía de autismo leve, pero sí podía valorar y reconocer el peligro, prueba de lo cual es su desempeño en los centros educativos donde estuvo, conforme lo acredita con los informes psicológicos adjuntados. Asimismo, imputa a la segunda empresa citada, en su calidad de concesionaria de la infraestructura férrea, no haberle dado mantenimiento a la vía, ya que no existían bandas de protección en la parte donde falleció el menor. Respecto de su fundamento legal, invoca la regla de la responsabilidad “objetiva” del artículo 1970 del Código Civil.

La concesionaria de la vía férrea, Ferrovías Central Andina S. A., contesta

la demanda indicando que tal infraestructura no constituye peligro y que no estaba probado que el accidente haya ocurrido porque aquella no contaba con las barras de protección. Señala que no se ha identificado la norma que ella haya trasgredido o la norma que le exige amurallar o colocar una barrera en la vía en el sector del accidente. Añade más bien que las vías férreas en muchos tramos atraviesan lugares poblados, pero ello no autoriza a las personas a transitar por los rieles o que estos deban estar aislados por barras, razón por la cual alega que no le es aplicable el concepto de bien riesgoso.

Respecto del petitorio, sostiene que es exorbitante y respecto del hecho en sí, indica que el maquinista de la locomotora percibió visualmente un bulto en los rieles, pero pese a que frenó, no pudo evitar arrollarlo. Añade, con base al informe técnico elaborado, que el menor no realizó ninguna acción, pues no ponderaba el peligro debido a su condición de autista. Asimismo, alega que como el menor se encontraba bajo el cuidado y responsabilidad de su señora madre, ella debió adoptar las precauciones necesarias para evitar que escapara de su control. Insiste en el carácter no peatonal de la vía férrea y que estaba prohibido el tránsito de personas ajenas a la actividad ferroviaria. Por su parte, la propietaria del tren, Ferrocarril Central Andino S. A., contestó la demanda alegando los mismos argumentos de defensa de su codemandada, añadiendo que su objeto es transportar carga y pasajeros, pero, en

este caso, la responsabilidad es atribuible a la conducta imprudente de la víctima, lo que rompe el vínculo o nexo causal de dicha empresa con el hecho, por lo que no puede imputársele tal responsabilidad civil. La falta de probanza de ello, agrega, fue la razón por la que denuncia penal presentada en su contra no tuvo éxito.

2.2 Sentencias del caso

Mediante sentencia del 15 de marzo del 2017, se declaró en primera instancia infundada la demanda, razonando, respecto de la empresa concesionaria de la vía, que la demandante no demostró la regulación que indica que el área del accidente haya debido estar protegida con vallas o medidas de seguridad que impidan o dificulten en gran medida el paso de peatones por las vías del tren; además, porque según el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, D. S. N.º 032-2005-MTC, dicha vía (hasta 5 metros a cada lado) es exclusiva, restringida y con prohibición a las personas ajenas a la actividad ferroviaria. Asimismo, considera que tampoco se ha demostrado que el evento dañino se haya debido al mal mantenimiento de la vía férrea, pues el informe técnico respectivo indica que los rieles no tienen carencia ni deformaciones a la vista y están en buen estado de conservación y uso; además, en él se concluye que el factor predominante fue el ingreso del menor a la vía especial y exclusiva férrea, sumado a su especial condición de autista que no le permitió valorar

ni reconocer el peligro al que estaba expuesto.

En cuanto a la conducta del maquinista, considera la sentencia que no se ha podido acreditar que haya obrado de manera negligente, imprudente o con impericia. Ello en razón a que el proceso penal abierto en su contra por homicidio culposo fue archivado, y si bien tal decisión se encuentra apelada ante la Corte Suprema de Justicia de la República, se ha rechazado el pedido de suspensión del proceso planteado por la parte demandante. Además, el informe policial pericial elaborado no concluyó que tal maquinista haya obrado con culpa o que haya infringido alguna norma que lo haga pasible de ser responsable de la muerte del hijo de la demandante. Por el contrario, si como esta sostiene que el menor padecía de autismo leve, causa sorpresa a *a quo* que él no haya podido ser capaz de percatarse de la aproximación del tren, que venía con las luces encendidas iluminando la noche, con el toque del pito y con la vibración que produce, lo que solo pudo deberse a que el menor se encontraba sin discernimiento o inconsciente, tendido sobre los rieles del tren.

Bajo tal razonamiento, que plantea que el accidente se debió al propio hecho de la víctima (art. 1972 del Código Civil), considera el juzgado que se configura una fractura causal, por lo que tampoco encuentra a la empresa propietaria del tren responsable del daño.

La demandante apela la sentencia, señalando que, al analizar la imprudencia de la demandante como ruptura del nexo causal, ella no ha considerado el numeral 1 del artículo 43 del Código Civil, referido a la incapacidad del menor; asimismo, no tuvo en cuenta los artículos 31, 36, 38, 51 y 52 del D. S. N.° 032-2005-MTC, que obligan a la empresa concesionaria a implementar medidas de seguridad en la vía férrea, las que no se verificaron en el tramo en el cual su hijo sufrió el accidente; tampoco, el artículo 6 del referido decreto, que fija la velocidad máxima de 16 km/h en zonas urbanas, la cual no fue cumplida por el operador del tren, que declaró haber conducido a 25 km/h, lo que acreditaría su actitud negligente.

Argumenta también la apelante que no se valoró la necropsia médica que concluye que su hijo no murió arrollado por el tren, sino que fue impactado por este cuando ingresó a la vía, pues, de haber estado acostado su hijo, el tren al arrollarlo lo habría partido en dos. Tampoco se valoró —añade— la participación del maquinista en diversos eventos de tránsito reportados, y la negligencia de la empresa en seguir contratándolo pese a ello. La responsabilidad no solo es de la empresa propietaria del tren, sino también de la concesionaria de la vía, porque es esta la que otorga el permiso de operación y se la ha renovado sabiendo que el maquinista cegó la vida de su menor hijo y ocasionó más de nueve accidentes registrados entre descarrilamientos, muertes, heridos y otros

hechos. Finalmente, señala que contra el fiscal que opinó a favor del archivo del caso se abrió un procedimiento disciplinario por no haber motivado su decisión.

Mediante sentencia de vista de fecha 2 de noviembre del 2017, la Quinta Sala Civil de Lima revocó la sentencia, y reformándola declaró fundada en parte la demanda, fijando en S/8500 el daño emergente (gastos de velatorio, copias, anillados, escaneos de impresión, movilidad, medicinas y otros) y en S/800 000 el daño moral (inmenso sufrimiento producido por la muerte del hijo), con costas y costos del proceso. Se sustenta ella en que la actividad desarrollada por el tren de propiedad de la empresa Ferrocarril Central Andino S. A., que ocasionó la muerte del menor, es una de naturaleza riesgosa, de modo que su responsabilidad es directa por su propia actividad. Respecto de la empresa Ferrovías Central Andina S. A., señala que ella tiene como función obligatoria controlar y supervisar el desarrollo de servicios de transporte que realiza la codemandada, dando estricto cumplimiento a las disposiciones sobre seguridad ferroviaria establecidas en el contrato.

Dando cuenta del Registro de Estadística de Accidentes Ferroviarios que alude a cuatro atropellos (uno seguido de muerte) y dos descarrilamientos de locomotora, mas el evento *sub litis* considera la Sala Civil que no se ha presentado ninguno de los imprevistos exonerativos de responsabilidad contemplados en el

artículo 1972 del Código Civil, pues el accidente en aquellos casos fueron provocados por el maquinista, que si bien es una persona diferente a las demandadas, la empresa propietaria del tren es responsable por la relación laboral que la une con el maquinista.

En relación con la causal eximente de responsabilidad por imprudencia de quien padece el daño, considera la Sala que no cabe atribuir imprudencia al menor, pues en forma obvia se encontraba dentro del ámbito de protección que la ley otorga a los menores de edad a quienes considera inimputables, para salvaguardarlos de responder a sus actos por el estado de inmadurez física y emocional. Además, no se encontraba en capacidad mental para prever las consecuencias de su conducta o tener el discernimiento para prever un resultado lesivo de sus actos, al sufrir de “autismo leve”, pues era un niño que no tenía un nivel de respuesta al mundo exterior que pudiera darle cuenta del peligro que implicaba transitar por una vía férrea.

Y en relación con la imprudencia de la madre del menor, si bien ella en el momento que se encontraba con su hijo no pudo controlar su conducta cuando escapó de su lado, se aprecia que tomó todas las acciones necesarias para traerlo de vuelta con ella y, ante su desaparición, procedió a buscarlo conjuntamente con el padre y hacer la denuncia respectiva ante la comisaria de San Andrés, donde le manifestaron que tenía que pasar 24 horas para formalizar lo ocurrido; es así

que, en virtud de este caso, se emitió la Ley N.º 29685 del 14 de mayo del 2011, “Ley Brunito”, que permite acciones inmediatas de búsqueda, localización y protección por parte de la autoridad cuando se reporta la desaparición de personas vulnerables. En ese sentido, concluye que la demora en hallar al menor no es atribuible como responsabilidad imputable a la madre.

Considerando finalmente que el mencionado maquinista ya tenía diversos accidentes ferroviarios y una experiencia laboral de veinte años, cabía que, advirtiendo un “bulto” en la vía férrea, inmediatamente aplicara el freno para evitar un posible atropello y no esperar recién a identificar el “bulto” para evitar el evento; lo que, a juicio de la Corte, configura la antijuricidad por la infracción del deber de no dañar.

Presentado los recursos de casación por las empresas codemandadas, la Corte Suprema los declaró infundados. Inicia sus razones dando cuenta de la uniformidad con que se considera que los daños ocasionados por la explotación de ferrocarriles es un supuesto de responsabilidad objetiva. Además, así lo prescribe el artículo 29 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre. En tal virtud, considera irrelevante la culpa con la que haya actuado el chofer de la empresa o las propias demandadas, de modo que, aunque el agente haya actuado con diligencia, igual será responsable del daño derivado de su actividad. Es el riesgo que esta representa el criterio de

imputación que exige que el peso del daño deba ser trasladado a quien la realiza conforme al artículo 1970 del Código Civil. En ese contexto, tanto lo señalado en el atestado como en el expediente penal, aunque pueden servir como elementos ilustrativos del accidente, no significan mucho respecto al factor de atribución que se imputa.

En efecto, si bien se tiene que el maquinista, antes del momento en que aplicó el freno de emergencia, no tenía la posibilidad de advertir que lo que se encontraba dentro de la vía férrea era una persona, que el ángulo visual no era el adecuado para poder visualizar la presencia del menor, y que, cuando fue posible su visibilidad, el maquinista realizó los actos conducentes a frenar la locomotora; la falta de negligencia del conductor no es materia del presente debate porque lo que se atribuye es una imputación objetiva y no subjetiva.

Respecto de la denuncia de no aplicación de los artículos 18 y 22 del D. S. N.º 032-2005-MTC, que establecen la prohibición de tránsito de personas, animales o vehículos ajenos a la actividad ferroviaria, que los recurrentes invocan como eximente de responsabilidad, la Corte Suprema considera que ello no es así porque si bien se trata de normas prohibitivas, de ninguna manera significan que ellas por sí mismas exoneren de responsabilidad a quien produjo un daño. Tal dispensa legal no es extraíble de las referidas normas porque se llegaría al absurdo de que en todos los casos las

empresas demandadas estarían eximidas de reparar el daño causado por accidentes ocurridos en la vía férrea, desde que en ella está prohibida la circulación.

En cuanto a la ruptura del nexo causal invocado (hecho de la víctima), considera la Corte Suprema que un menor no puede estar todo el tiempo bajo la atenta mirada de sus padres, que ello sería jurídica y físicamente inaceptable, lo cual explica por qué la responsabilidad de ellos, en otro plano, es objetiva y no por *culpa in vigilando*.

Aludiendo a la regulación que ubica a la responsabilidad de la actividad ferroviaria dentro de la responsabilidad objetiva (art. 29 de la Ley N.º 27181 y arts. 1, 2 y 3 del D. S. N.º 032-2005-MTC) y que ella se extiende a las concesiones ferroviarias (construcción, mejoramiento, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura), la Sala considera que se ha cumplido el elemento de la causalidad adecuada. Asimismo, encuentra debidamente acreditada la causalidad material entre el daño y la actividad ferroviaria antes indicada.

En cuanto al juicio de probabilidad de la ocurrencia del daño, considera la sentencia que las acciones de los recurrentes son aptas para producirlo. Ello en razón, en primer lugar, al indicado marco regulatorio de la actividad (riesgo); en según lugar, a la probabilidad de que ocurra un accidente tratándose de una zona urbana, dada la densidad poblacional y la circulación de personas,

lo que ameritan deberes de cuidado del concesionario y transportista; en tercer lugar, a la falta de diseños de medidas de seguridad para personas que sufren discapacidad, lo que incrementa el riesgo; y, finalmente, a que el conductor del tren había tenido seis accidentes utilizando el bien.

Luego de tal reflexión, y en vista del hecho concreto que la muerte del menor fue ocasionada por su impacto con el tren, considera la sentencia que sí existe el elemento del nexo causal. Añade además que este nexo no es quebrantado por la imprudencia de la propia víctima, pues como la imprudencia, a su juicio, es un asunto que alude a la imputabilidad, debe ser entendido en un sentido técnico-jurídico, lo cual supone que el agente del que habla el artículo 1972 del Código Civil debe tener capacidad para valorar sus propios actos, solo así es posible reprochar su conducta. En este sentido, en vista de que existe consenso en que el menor padecía de autismo, esto es era incapaz, no existe una ruptura del nexo causal.

Respecto de las otras causales denunciadas, referidas a la incorrecta aplicación de las normas que supuestamente establecen la negligencia de las codemandadas, la Corte Suprema insiste en que tales datos carecen de importancia porque no estamos ante supuesto de responsabilidad subjetiva sino objetiva.

Como hemos reseñado, la sentencia centra su fundamento en el riesgo de la actividad de las empresas, a quienes, sin

explicitarlo, se le debe imputar los daños, es decir, serían las empresas una suerte de garantes de las víctimas, aquellas que por solidaridad debe asumir los costos, sin que importe explorar la culpa con la que actúan. En las siguientes líneas reflexionaremos sobre tal consideración de la sentencia.

IMPORTANTE

Identificado el tipo de responsabilidad aplicable en este caso, a la Corte le resultó cómodo en cierto modo no tener que analizar la culpa del maquinista, pues su falta de negligencia no era materia del debate. Estamos en desacuerdo con esta afirmación, pues desde el hecho de que se busca un resarcimiento con fines sancionatorios como el que da cuenta el petitorio de la demanda, estimamos que sí era necesario realizar el esfuerzo de evaluar el grado de culpabilidad que le permita activar la función sancionatoria y preventiva de la responsabilidad civil. Como hemos anunciado al inicio, de ello nos ocuparemos en extenso en otro trabajo.

3. Responsabilidad civil y garantía

Señala ALPA que en los tratados tradicionales se delimitan los confines conceptuales de la responsabilidad civil también en relación con la noción de garantía, sin embargo repara nuestro autor que, en la medida que esta evoca, cualquier medio que aumente la seguridad a cerca del goce de un derecho o el cumplimiento de una obligación,

tal noción resulta hoy muy genérica, omnicompreensiva y, por lo tanto, poco funcional².

Frente a esta posición que no le atribuye una autonomía funcional a la garantía dentro de la provincia de la responsabilidad civil, se erige otra que tiene entre sus exponentes a Luigi CORSARO, quien considera que la responsabilidad por garantía, usada en el pasado de manera demasiado genérica y amplia como para poder tener éxito, hoy parece ir adquiriendo una notable importancia en otro plano (en el de la responsabilidad por los hechos ajenos)³.

Al respecto, adelantando una conclusión, diremos que, en la medida que dos de los supuestos de responsabilidad por el hecho ajeno, lo constituyen desde nuestro punto de vista, la responsabilidad del propietario y la del empresario transportista, consideramos que el concepto de garantía explica mejor la extensión de la responsabilidad hacia estas personas no autoras del ilícito. La cuestión es que ella sea aplicada técnicamente⁴.

Como ya anotamos en la introducción, este fenómeno que prioriza el resarcimiento a la víctima sin importar la razón de la responsabilidad, ha sido advertido la doctrina⁵. No es extraño por eso encontrar autores como Starck quien tempranamente advirtió la incompatibilidad entre la culpa y el riesgo, y propuso una noción alternativa: la “garantía” como verdadero fundamento de la responsabilidad civil⁶.

Sin llegar a este extremo, y encontrándole bastante sentido en los casos de responsabilidad por los hechos ilícitos ajenos, compartimos la tesis de Corsaro, para quien “todas las veces que la ley llama a una persona para responder por un hecho ilícito ajeno, y cuando la responsabilidad de la persona sea independiente de la culpa propia —culpa que también puede existir, pero cuya presencia es indiferente a efectos de la responsabilidad— estaremos en el campo de la responsabilidad por garantía ante el ilícito ajeno”⁷. Tal constatación, sin embargo, no es suficiente, es menester procurar su coherencia con el sistema jurídico.

2 ALPA, Guido, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 31.

3 CORSARO, “La responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno en el derecho civil italiano”, art. cit., p. 70.

4 La clásica noción de responsabilidad fundada en la culpa del agente dañante como castigo por su conducta, ha migrado y extendido tanto al punto que hoy ya prácticamente la responsabilidad no solo puede prescindir de tal aspecto subjetivo, sino que además es válido endilgarla en quien no tenga vinculación con el hecho fáctico. En este escenario, la solidari-

dad como garantía de la víctima ha cumplido un importante rol, y ha actuado como una suerte de vehículo que ha llevado más lejos las fronteras de la responsabilidad civil.

5 *Ibid.*, p. 63.

6 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser, LEÓN HILARIO, “La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva”, en *Derecho PUCP*, n.º 58, Lima: 2005, p. 32.

7 CORSARO, “La responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno en el derecho civil italiano”, art. cit., p. 68.

4. Breve evolución del riesgo como criterio de imputación

Como se conoce, fueron los juristas franceses Raymond Saleilles y Louis Josserand, quienes a finales del siglo XIX y principios del XX, promovieron la objetivación de la determinación de la responsabilidad civil en su afán de resolver casos de accidentes de trabajo y socorrer al obrero. Para hacer responsable al patrón sin tener que probar la culpa, el primero lo hacía con su teoría del “riesgo beneficio”, según la cual “[e]l que crea una fuente de daño, así el que explota una fábrica, debe reparación si los riesgos se concretan. El exclusivo hecho del perjuicio compromete su responsabilidad; es la contrapartida de los beneficios que obtiene de la empresa”⁸.

Por su parte, JOSSERAND postuló la tesis del “riesgo creado”, indicando que se es responsable por el hecho propio, por el de las personas de las que se deba responder “o de las cosas que se tienen bajo guarda (*ex art. 1384 del Code*)”⁹, argumentando que basta establecer que se ha producido un daño y la existencia del vínculo de causalidad entre este y el hecho del trabajo para configurar la responsabilidad del dueño de la cosa (extendida en su aplicación hacia el patrono o la empresa).

De socorrer al obrero en los accidentes del trabajo, se pasó, en un escenario de crecientes riesgos provocados por la industrialización, a otras hipótesis de tutela de las víctimas a quienes el expediente engorroso de la culpa les impedía una justa satisfacción y el traslado de los costos de los daños. La solución migró así, desde la culpa, con la inversión de la carga de la prueba, hacia la teoría del riesgo que pasó a denominarse responsabilidad objetiva.

Ya en la segunda parte del siglo pasado se sostenía que no existía una clara línea de demarcación entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva¹⁰, sino un *continuum* que, en un polo, empieza con la noción tradicional de culpa, que se extienden a través de sus mutaciones diseñadas por la jurisprudencia o expresamente establecidas por el legislador, hasta la responsabilidad objetiva con sus diversas variantes, en el otro polo¹¹. Así las cosas, las viejas rígidas estructuras opuestas de culpa y riesgo, de los siglos XIX y XX, hoy necesitan cooperar para conseguir resultados adecuados para el siglo XXI¹².

En este aspecto el elemento que jugó un papel central fue el de la peligrosidad.

8 MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil*, t. I, vol. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, p. 87.

9 JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, t. II, vol. I, Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 410.

10 KUBICA, María Lubomira, *El riesgo y la responsabilidad objetiva*, tesis para obtener el grado de doctor, Cataluña: Universitat de Girona, 2015, p. 173.

11 MARTÍN CASALS, Miquel y Jordi, RIBOT IGUALADA, “Responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general”, en *Derecho privado europeo*, Madrid: Colex, 2003, p. 829.

12 KUBICA, *El riesgo y la responsabilidad objetiva*, ob. cit., p. 179.

En efecto, la intensidad de la peligrosidad de una actividad determina los diferentes fundamentos de la responsabilidad. De este modo, con la elevación del grado de riesgo, la culpa como requisito de la responsabilidad está siendo gradualmente reemplazada por otros elementos y es así como se llega a la responsabilidad objetiva en su sentido más estricto¹³.

Relevante es para nuestro estudio no dejar de observar, como lo ha hecho una atenta doctrina nacional, que la decisión de prescindir de la culpa, a fin de establecer la responsabilidad derivada de las citadas teorías del riesgo, se sustentaba en realidad en razones de equidad. Así, se resalta que para Josserand el deber de resarcir tales daños se concreta en una obligación que nace *ex lege*, en cabeza de quien genera el riesgo. A falta de tipicidad y en pleno gobierno de la culpa, la teoría del riesgo se abrió paso por la exigida necesidad de equidad que se sustenta *ex lege* en el deber asumido por aquel que crea el riesgo, al margen de todo derecho de propiedad o de otro derecho real sobre la cosa. El riesgo, noción concreta y de

orden esencialmente práctico, debe ser asumido por el individuo que dispone de la cosa y ejerce su gobierno¹⁴.

Ahora bien, fue Josef Esser quien en el año 1941 afirmó precursoramente que la función de la responsabilidad por riesgo consiste en realizar una distribución de los daños, siendo, por ello, dicha responsabilidad una herramienta de la justicia distributiva. Poco tiempo después, a mediados del siglo xx, Savatier anunciaba el imperio de nuevos principios, señalando como uno de ellos el que invoca que todo el riesgo debe encontrar un garante.

Siguiendo con el progreso del riesgo como criterio de imputación, pero atenuando creemos sus alcances, los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, en su artículo 5:101, se refiere a las actividades anormalmente peligrosas como supuestos de responsabilidad objetiva y precisa que nos encontramos ante ella cuando:

- La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella.
- Una actividad es anormalmente peligrosa si:
 - (i) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso

13 En esta línea, frente a la culpa y el riesgo se viene ahora hablando de una tercera vía, que consiste en consagrar la culpa como principio de responsabilidad, pero inmediatamente definirla con criterios objetivos en su evaluación. El proyecto de los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil está en esa línea, al consagrar en su art. 4:101 la culpa como principio general de la responsabilidad civil, pero limitando a criterios objetivos las posibilidades de interpretación de lo que debe entenderse por “conducta exigible” (art. 4:102).

14 FERNÁNDEZ CRUZ y LEÓN HILARIO, “La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva”, art. cit., pp. 31-32.

aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y no es una actividad que sea objeto de uso común.

- (ii) el riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o la probabilidad del mismo.

Atendiendo a esta situación de peligrosidad anormal, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil ha propuesto la modificación del artículo 1972, que contempla los supuestos de causa no imputable como el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho determinante de tercero o el de la víctima quien padece el daño, y ha establecido que ellos no aplican en los escenarios de actividades de ultrarriesgo, la cual implica una concentración de peligro más allá del riesgo anormal previsto en el artículo 1970. Cita como ejemplos de estos tipos de riesgos a las actividades nucleares, los objetos caídos desde el espacio o las carreras de automóviles fuera de los establecimientos destinados para ellos. A nuestro entender la actividad ferroviaria tan habitual en la vida moderna, no representa una que engendre un ultrarriesgo bajo los términos de la propuesta, de modo que sí estimamos le es aplicable las referidas causales exonerativas de responsabilidad.

Ahora bien, conocido es que la teoría del riesgo ha transitado por tres caminos principales: el riesgo beneficio, el riesgo creado y el riesgo profesional, pero en adición a estas nociones y como

una categoría autónoma surgió también la del “riesgo de empresa”, noción que, por haber sido empleada en la sentencia bajo comentario, pasamos a tratar.

5. Responsabilidad por riesgo de empresa

El riesgo de empresa, como criterio de imputación de responsabilidad civil, fue desarrollado por la doctrina italiana moderna (fue Pietro Trimarchi su principal promotor). De acuerdo con ella, “quien quiera que en el ejercicio de una empresa o de una actividad cualquiera ocasione al derecho ajeno, un daño que sea consecuencia directa o indirecta de aquella actividad, debe resarcir este daño, no importando si en el evento dañino el agente no hubiera pecado por negligencia o imprudencia”¹⁵.

Dando relevancia a esta categoría especial de responsabilidad civil, en materia de reducción de costos de los accidentes, se tiene señalado que modernamente existen tres métodos: (i) la seguridad social, (ii) el seguro privado voluntario y (iii) la responsabilidad de la empresa, ello en la medida que esta se encuentran en condiciones favorables de contratar un seguro, condiciones que se manifiestan, por un lado, en el fraccionamiento de la pérdida mediante el pago de la prima y, por el otro, en la transferencia del costo (no solo del seguro, sino del resarcimiento en sí, si no

15 Orlando citado por ALPA, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, ob. cit., p. 87.

estuvieran asegurados) a los adquirentes de sus productos y servicios¹⁶.

Así las cosas, se considera que el “riesgo de empresa”, como criterio de imputación de la responsabilidad civil, es una “conquista de la civilización”¹⁷, pero a la vez, como profundizaremos enseguida, es también un instrumento de racionalización del sistema económico y jurídico. Y es que, frente a la dinámica de las fuerzas económicas, el rol del legislador solo pudo consistir en garantizar al menos el resarcimiento por parte del “empresario”, dada su profesionalidad, capacidad organizativa, previsión y mejor posibilidad de contratar el seguro¹⁸.

Actualmente se defiende el régimen de la responsabilidad objetiva de la empresa, indicando que ella luce “más

idónea que otro basado en la culpa, por alcanzar una adecuada distribución de los recursos productivos y, lo que es más importante, para dinamizar la economía a través de mecanismos que promuevan el cumplimiento y desalienten conductas contrarias”¹⁹.

6. La obligación de la empresa de gestionar los riesgos de su actividad

Poniendo énfasis en su rasgo previsor, se dice que el riesgo es la posibilidad de que ocurra un suceso que puede ser susceptible o no de medición²⁰, medición, estudio o gestión que, debe recaer desde luego en quien ejerce determinada actividad. Por eso, en el plano de la actividad empresarial, se afirma que si bien el riesgo es considerado como “la oportunidad de que suceda algo que tendrá impacto en los objetivos”, dicha probabilidad tiene que ser gestionada, valorada y analizada dentro de los procesos de gestión de riesgos que las empresas en forma organizada emprendan²¹. Como vamos viendo la noción de riesgo trae consigo su medición o gestión, y esta tiene que ser realizada por la empresa²².

16 MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, *Riesgos de empresa. Responsabilidad civil del Empresario*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 49.

17 ALPA, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, ob. cit., p. 85.

18 La relevancia de la organización empresarial ha llevado a proponer a Trimarchi en los casos de responsabilidad contractual la distinción entre dos áreas: el de las *actividades empresariales*, en el cual sería válido un criterio de responsabilidad objetivo, que puede ser sancionado bien por el legislador de modo expreso o ser consecuencia de la noción “objetiva” de la culpa que los jueces utilizan cuando deben evaluar la responsabilidad del deudor-empresa; y el área de las actividades de los deudores “comunes”, dominada por el criterio de la culpa. Por eso se habla de un estatuto autónomo de la “responsabilidad empresarial” (en D’AMICO, Giovanni, *Contribución a la teoría de la responsabilidad contractual*, Lima: Legales Instituto, 2015, pp. 69-70).

19 PIZARRO, Ramón Daniel, *Tratado de la responsabilidad objetiva*, t. II, Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley, 2015, p. 248.

20 MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, *Riesgos de empresa. Responsabilidad civil del empresario*, ob. cit., p. 13.

21 ANAYA SAADE, Celina, “Riesgos en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca”, en *Revista Mercatoria*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, vol. 11, n.º 1, 2012, p. 309.

22 Los economistas prefieren distinguir el concepto de “incertidumbre” del concepto de

La reflexión de la presencia del riesgo en nuestra civilización ha llevado a BECK a afirmar que actualmente son ellos un producto global de la maquinaria del progreso industrial de incalculables e impredecibles efectos nocivos, y en tanto afectarán también tarde o temprano a quienes los producen o se benefician (en la salud, la legitimación, la propiedad y la ganancia), estos diversos riesgos en su contenido, espacio y tiempo, reclaman una uniformización y tratamiento con los nexos de responsabilidad social y jurídica²³.

En ese sentido, como afirma IZZO, hay que utilizar la responsabilidad civil “como un generador incisivo de señales dirigidas a los actores sociales en su totalidad, para hacer que se preocupen lo más posible en hacer que se disponga de informaciones respecto del riesgo”²⁴. De ahí la importancia, no solo de la

reflexión jurídica sobre los riesgos, sino sobre todo de cómo estos se van transformando delineando una nueva realidad, la misma que corresponde al derecho explicar y remediar adecuadamente.

La responsabilidad por el riesgo de la actividad así debería recaer sobre la persona que la emprende y la crea, porque ella está en la posición de gestionarlo, controlarlo, minimizarlo, pero además porque tiene la posibilidad de tasarlo o valorarlo. Esto significa que puede preparar los acuerdos dirigidos a financiar la compensación en el caso de que el riesgo se verifique en daño a través de mecanismos como el seguro o el precio. Como se podrá apreciar entonces, la vinculación entre la persona y el riesgo no deriva de la inmediata conducta de aquella, sino que se fundamenta en el control económico y organizacional que tal persona ejerce sobre la actividad fuente del riesgo.

7. El proceso de socialización de los costos de los daños

En la línea de desarrollo del riesgo como criterio de imputación, luego que se propusiera al comienzo en Italia el principio que “el riesgo obliga”, esta frase fue sustituida por *assurance oblige*, con lo cual quien debe asumir el riesgo es el que debe contratar el seguro que lo cubra.

Ahora bien, lo que debe ser soportado por la empresa es el riesgo asegurable, esto es, el normalmente previsible y típicamente conocido por la actividad económica. De este modo,

“riesgo” en sentido estricto: “mientras que el riesgo implica un conocimiento previo [o una estimación informada] de las probabilidades de ocurrencia de cada evento, la incertidumbre implica un desconocimiento de tal distribución de probabilidades. Ahora bien, en similar perspectiva de medición o control del riesgo, queda claro —se agrega— que en condiciones de incertidumbre quien posea mayor información estará en capacidad de predecir con mayor exactitud el riesgo involucrado en una transacción” (Kafka, citado en HARO SEIJAS, José Juan, “¿Periculum est dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada”, en *Themis*, n.º 49, Lima: 2004, pp. 190-191).

23 BECK, Ulrich, *La sociedad de los riesgos: hacia una nueva modernidad*, traducción de Jorge Navarro, Barcelona: Paidós, 1998, p. 28.

24 Izzo, Umberto, citado en LEON HILARIO, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 89.

no entra dentro del ámbito de la responsabilidad del empresario aquellas hipótesis de riesgo que resultan difusos, de modo homogéneo y constante sobre toda la comunidad, y que, en definitiva, no puede imputársele su creación a la actividad empresarial.

IMPORTANTE

[...] la culpa de los padres es objetiva, no nos explicamos porqué entonces no pasó a establecer la responsabilidad también de la madre por la pérdida del menor y el posterior fatal desenlace. Es decir, evaluar si hubo un descuido de la madre que se pudiera calificar, si no como un hecho impositivo de la responsabilidad por riesgo de las empresas que desarrollan la actividad ferroviaria, en los términos del artículo 1972 indicado, al menos una condición que calificaría como un atenuante de dicha responsabilidad empresarial, en los términos del artículo 1973, en cuyo caso la responsabilidad de estas tendría que haberse reducido por el juez.

Es el riesgo previsible o típico y cuantificable, entonces, el que determina la obligación de la empresa de gestionarlos e incorporarlos a sus costos. El empresario está en mejores condiciones de neutralizar el alea del daño a través del seguro; así la asunción del riesgo por el seguro viene a formar parte del costo de la producción que, a su vez, es distribuido entre el público. Puntualiza bien, sin embargo, DÍEZ PICASSO, que la responsabilidad objetiva no se aplica a riesgos

indirectos o atípicos que puedan surgir de la actividad del causante del daño²⁵. Al menos respecto de los daños causados al consumidor, Guido Alpa replica con la posición dominante en Italia, que el riesgo de empresa comprende todos los daños aunque ellos sean riesgos atípicos, ya que estamos frente a una imputación objetiva de responsabilidad²⁶.

Ahora bien, esto que se conoce como proceso de socialización de los costos de los daños, como apunta FRANZONI²⁷, o colectivización de las pérdidas, como apunta ALPA²⁸, se realiza directamente, emparejando la responsabilidad civil con el seguro obligatorio para algunas actividades o, indirectamente, a través de criterios de imputación de responsabilidad que, prescindiendo de la culpa, permiten colocar el costo de los daños en cabeza del sujeto que esté en mejor condición de redistribuirlos sobre la colectividad, ya sea aumentando el precio de los bienes y servicios, o recargando en el mismo los costos de las primas de seguros.

Esta tesis es compartida por DE TRAZEGNIES, para quien no es razonable tratar la responsabilidad civil

25 DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Civitas, 2011, p. 282.

26 ALPA, Guido, citado en MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, *Riesgos de empresa...*, cit., p. 54.

27 FRANZONI, Massimo, "La evolución de la Responsabilidad a partir del análisis de sus funciones", en *Responsabilidad civil contemporánea*, Lima: Ara Editores, 2009, p. 38.

28 ALPA, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, ob. cit., p. 93.

extracontractual como un problema de dos: causante y víctima, sino que la responsabilidad moderna alcanza, dentro de relaciones con carácter sistémico y estadístico, a cada uno de los miembros de la sociedad. En ese sentido, “todos somos de alguna manera causantes y, por tanto, todos debemos contribuir económicamente a reparar los daños causados”, y dado que nuestras sociedades viven dentro de una organización de mercado, agrega el profesor peruano, se debe cargar el pago de la reparación a la parte que esté en mejores condiciones económicas de asumir el costo e ingresarlo a esa red universal de distribución que es precisamente el mercado. Es la empresa la llamada a considerar los riesgos como parte de sus costos, y tenerlos en cuenta al momento de fijar sus precios. De esta manera, concluye nuestro autor, el monto pagado por el daño será asumido por todos los consumidores²⁹.

8. La responsabilidad civil del propietario y del empresario de transporte

Corresponde ahora explicar cómo es que la empresa ferroviaria, que no es en principio la causante del accidente del caso bajo comentario, termina siendo obligada al pago del resarcimiento. Lo dicho hasta aquí sobre los alcances cada vez más extensos de la culpa (que comprende una adecuada gestión de

los riesgos de la actividad) y el riesgo en estricto como fundamento de la responsabilidad objetiva, no resultan del todo convincente para sostener con rigor legal que los costos de un “accidente” en la vía férrea, provocados por unos, deban ser asumidos por otros no culpables, como la empresa de transportes en este caso, o el propietario del vehículo en los casos de accidentes de tránsito.

Cuando se interroga el profesor De Trazegnies sobre la razón de la responsabilidad del propietario del vehículo, se responde, a tono con su teoría del accidente que reclama de la participación de la sociedad toda, que tal responsabilidad se debe a que el propietario puede asegurarse y, como ya vimos, el seguro puede diluirse entre todos los asegurados. Para el profesor peruano, en la capacidad de diluir el costo del seguro se encuentra entonces el fundamento de esta responsabilidad³⁰.

Lamentó en su tiempo el profesor peruano que esta teoría y el principio de difusión del riesgo no fuera acogida por el Código Civil. Más tarde, sin embargo, con el establecimiento del seguro obligatorio de accidentes de tránsito SOAT, se dio crédito a dicha teoría. Respecto del caso bajo comentario, no dudamos que las empresas ferroviarias demandada tengan contratado un seguro de responsabilidad civil, típicos para aquellas que desarrollan actividades de riesgo como la suya, y es probable que la prima a pagar se encuentre dentro de los

29 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Responsabilidad por riesgo”, en *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. II, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 81.

30 *Ibid.*, pp. 34-35.

costos del servicio que son trasladados al consumidor. El problema sería si la cifra otorgada en este caso genera una distorsión económica en la empresa por la falta de cobertura del seguro.

9. Responsabilidad solidaridad o garantía del propietario y el empresario transportista

La necesidad de reparar a la víctima y la equidad que reclamaba tal propósito han hecho de la solidaridad la panacea del derecho de la responsabilidad civil. No digo que el riesgo de empresa no sea un fundamento adecuado para el propósito resarcitorio, pero tiendo a pensar que la madre del cordero es la garantía del pago de la indemnización, antes que la búsqueda de un adecuado criterio de imputación. No en vano la función principal de la responsabilidad civil es la compensatoria. Si importara más la función sancionatoria y no hubiera urgencia o peligro de insolvencia del dañador (por ejemplo, si todos ellos tuvieran un óptimo seguro o los fondos suficientes para asumir el pago), no hubiera habido necesidad de establecer la responsabilidad objetiva en estos casos ni menos la solidaridad de otros no culpables.

En el caso de la empresa, dada su capacidad organizativa y la posibilidad de trasladar el costo hacia los consumidores, es entendible que asuma la responsabilidad, no porque sea culpable, sino porque puede difuminar el costo y porque, digámoslo sin tapujos, se

presume que tiene más poder económico. Vemos así en la empresa, en este tipo de responsabilidad por accidentes de tránsito, una suerte de *deep pocket* combinado con un bróker de seguros de la sociedad toda.

Esta “vocación” de reparador de los daños, atribuida al empresario por el derecho, se hace más convincente en casos como estos de accidentes de tránsito, tan comunes como “asumibles” por la sociedad, pues esta no desea prescindir del uso de los vehículos o los trenes, ni reducir la velocidad con que circulan, pues se consideran que ellos son necesarios para la vida moderna. Así las cosas, y conforme a lo expresado en el acápite referido a ella, en virtud a ambos perfiles, es racional que sea la empresa la que asuma los costos de estos daños tan comunes a la sociedad moderna.

En la línea de lo expresado páginas atrás, consideramos que la obligación de gestionar los riesgos que nosotros ubicamos dentro de la diligencia exigible al que desarrolla una actividad empresarial, debe ser el sustento para endilgar responsabilidad en las personas jurídicas o naturales organizadas bajo una forma empresarial. Una moderna noción de culpa que comprende la pericia del empresario ubica esta gestión de riesgos en el terreno de la diligencia. Esta responsabilidad debe alcanzar pensamos, no solo a la empresa de transportes sino a todas las empresas para cuyos fines de actividad requieran el transporte, no solo

de mercaderías, puede ser también del personal, de los insumos, equipos, etc.

No podemos exigir lo mismo al propietario no empresario, quien carece de capacidad organizativa, sin que ello signifique liberarlo de una obligación de diligencia que tendrá que ser analizada en todo caso de acuerdo con las circunstancias del tiempo y del lugar. La obligación de gestionar los riesgos está presente, pero el reproche es menor que el aplicado al empresario, si no llegara a efectuar una adecuada y obligada gestión de los mismos. Además, reiteramos, tal responsabilidad en el propietario no empresario, solo podría establecerse, consideramos, en la medida que se acredite su efectivo control sobre el vehículo, cosa que no suele ocurrir siempre.

De cualquier modo, estas pesquisas conducentes a verificar la actuación del propietario y el empresario transportista, no son en estricto necesarias para imputarles responsabilidad en nuestro sistema jurídico, en la medida que esta es objetiva (aunque relativa porque podrán ser aplicables los supuestos de causa no imputables), pero consideramos que sí es recomendable hacerlo para fundamentar un mayor y severo castigo de este tipo de negligencias echando mano esta vez de la función sancionadora de la responsabilidad civil. En el caso de la sentencia que motiva estas líneas, la corte sancionó, pero sin espigar las culpas del sancionado, lo cual juzgamos inadecuado.

En otro trabajo hemos reflexionado sobre cómo nuestro Código Civil, pese

a que no reguló en específico la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito, ella siempre fue considerada dentro de la responsabilidad por riesgo (el que representa la circulación), situación que fue confirmada por el artículo 29 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre que la consideró como una responsabilidad objetiva (relativa) y estableció la solidaridad del propietario y de la empresa de transportes.

El fundamento legal de la responsabilidad vicaria o indirecta del propietario o empresario transportista, es el artículo 1981 del Código Civil que establece: “Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a la responsabilidad solidaria”.

La doctrina es unánime en cuanto a considerar que esta responsabilidad es de naturaleza objetiva, sin embargo, no lo es en cuanto a considerar al riesgo de empresa como fundamento de esta responsabilidad. Aunque minoritaria, una doctrinal, Salvi por ejemplo, prefiere utilizar el argumento de la “garantía frente al tercero dañado”³¹. El profesor Espinoza se expresa en contra de esta posición y fundamenta la suya en el hecho de que, para que se reconozca la responsabilidad objetiva del principal con fundamento en la garantía, según

31 ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, ob. cit., p. 373

esta teoría, se tiene que establecer primero la responsabilidad subjetiva del dependiente. De tal modo, si este no es culpable, el principal, bajo la teoría de la garantía, no tendría a quien garantizar. El citado autor considera por eso que la responsabilidad del principal no es vicaria ni indirecta (no es garante), sino directa por su propia actividad (empresarial o no)³², sin que sea necesario recurrir por eso al fundamento de la garantía frente al tercero. Parafraseando a Franzoni, añade nuestro autor que en todo caso la garantía podría ser considerada como una función de la responsabilidad objetiva por el hecho de terceros, pero no su fundamento, mucho menos una subespecie de factor de atribución³³.

No nos mostramos muy convencidos de que esta responsabilidad sea objetiva solo por el riesgo de la actividad del empresario. Consideramos que ella tiene un pilar más en cual reposa. En principio, consideramos que no debemos interpretar necesariamente que la garantía que se instrumentaliza con la solidaridad, pasa por establecer primero la responsabilidad subjetiva del dependiente o que ella exista en tanto exista un dependiente a quien garantizar. Es un tema de enfoque y nosotros consideramos que, con el empleo de la herramienta de la garantía solidaria, más que pensar en el autor directo a quien garantizar, se está pensando en el acreedor o víctima del daño destinatario de

la garantía. En esa medida, la garantía es más una herramienta de la política legislativa para favorecer a la víctima, que penetra la institución de la responsabilidad civil para estirla más allá de sus líneas clásicas.

Es la necesidad de reparar a la víctima la que suscita la necesidad de la garantía, es por eso que incluso esta puede ser instituida en los casos en que no es posible identificar al autor del daño (el dañador anónimo). La garantía, que, en los casos de accidentes de tránsito, se expresa en la solidaridad del propietario del vehículo y del empresario transportista, pasa por el simple dato de que se asume que estos tienen mayor poder económico.

Como ya adelantamos, nosotros consideramos, aunque no se quiera reconocer, que los dos pilares igual de importantes de este tipo de responsabilidad objetiva son dos: (i) la garantía de quien tiene más dinero (*deep pocket*), expuesta como manifestación más de una política legislativa, y (ii) la posibilidad que tiene el empresario de diluir en el precio o la prima, el riesgo hacia la sociedad (y también, aunque incompleta, el propietario).

En similar posición, MERINO considera que el prestador del servicio (empresa) de transporte será garante de la actividad que realiza el conductor del vehículo, en la medida que la empresa predispone los mecanismos generadores del daño y puede trasladar sus costos a la sociedad. Por eso sentencia este autor,

32 *Loc. cit.*

33 *Loc. cit.*

que “el fundamento de la responsabilidad objetiva del conductor sería “el riesgo”, y del propietario y prestador de servicio no conductor su “posición de garantía””³⁴.

Dicho todo esto, es pertinente aclarar que si bien el artículo 29 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre no precisa de la culpa del conductor, al establecer la responsabilidad objetiva y remitirse al Código Civil, dicho dispositivo no especifica a qué norma en particular o a qué régimen se refiere. Nosotros consideramos con la doctrina italiana y la tradición que antecede a la referida regulación especial, que la tutela de la víctima se puede enmarcar dentro del régimen o esquema de la responsabilidad por el hecho ajeno.

En efecto, no obstante, esta omisión de especificación, para su aplicación práctica no podemos dejar de acudir en auxilio de la doctrina y la institución que desde el derecho civil clásico le ha dado fundamento, esto es, la responsabilidad vicaria por el hecho del dependiente. El rasgo particular, sin embargo, en estas hipótesis de daños por accidentes de tránsito que nos ocupa, es que no es necesaria la acreditación de la culpa del dependiente o conductor del vehículo para propagar la responsabilidad en el principal (empresario transportista). De acuerdo con nuestra legislación, al ser objetiva la responsabilidad del con-

ductor, la será también del empresario transportista. Esto se aplica también al propietario, con cierta peculiaridad como veremos después.

En este escenario, conforme a una interpretación sistemática del artículo 1981, para que opere la responsabilidad del principal o empresario, se requiere que el dependiente (en este caso el conductor el vehículo) esté incurso en uno de los dos regímenes generales de responsabilidad, esto es, la culpa o el riesgo. Así las cosas, en el caso de la actividad que nos ocupa y en atención a su especial regulación, para que opere la responsabilidad solidaria sin límites del empresario y del propietario, no se requiere de la culpa del conductor.

En la hipótesis del artículo 2054 del Código italiano en cambio, esta responsabilidad solidaria sí encuentra una posibilidad de excusión, la cual ocurre si el propietario o empresario (entre otros) probaran que la circulación del vehículo tuvo lugar contra su voluntad.

A modo de propuesta, mostrándose de acuerdo con que la empresa sea responsable solidario, considera Merino que solo debería existir una responsabilidad objetiva de aquella, pero la responsabilidad del conductor debería ser subjetiva, de forma tal que acreditada ella (con inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima), surgirá recién la responsabilidad civil del empresario y también del propietario³⁵. El análisis

34 MERINO ACUÑA, Roger, *Justicia social y economía en la teoría del derecho. Las intersecciones entre el derecho, la economía y la política*, Lima: Palestra, 2016, pp. 290-291.

35 *Ibid.*, pp. 306-307.

de la conveniencia o no de la aplicación de una u otro criterio de imputación de responsabilidad, en estos casos, escapa al objeto de este trabajo.

Cabe añadir, conforme a lo expuesto, que dicha responsabilidad debe alcanzar pensamos, no solo a la empresa de transportes sino a todas las empresas para cuyos fines de actividad, requieran el transporte, no solo de mercaderías, sino también del personal, insumos, equipos, etc. Sin embargo, esta extensión tendría que ser realizada previa modificación de la ley, puesto que, como sabemos, la solidaridad no puede ser establecida por la vía de la interpretación y no puede ser aplicada tampoco por la vía de la analogía por ser una norma que restringe derechos (el del gravado con esta obligación). Al menos no puede serlo por ahora, aunque conocemos que una de las principales novedades que nos trae el anteproyecto de reforma es precisamente la presunción de solidaridad.

La posición de no extender la responsabilidad solidaria más allá de los sujetos mencionados en la ley, ha sido ratificada por la Corte Suprema en la Casación N.º 1158-2010-Lima, del 11 de abril del 2011, en la que, frente a la imputación de responsabilidad realizada a una empresa ganadera avícola que contrató los servicios de transporte de los propietarios del vehículo (en el cual falleciera su conductor), declaró: “No resulta posible atribuir responsabilidad a Avinka Sociedad Anónima, pues no es uno de los sujetos comprendidos por la

responsabilidad objetiva prevista en el artículo veintinueve de la Ley número veintisiete mil ciento ochenta y uno, y no se ha demostrado que incurra en alguno de los supuestos de responsabilidad subjetiva previstos en el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil”.

IMPORTANTE

A nuestro juicio, la omisión de examen de la eventual responsabilidad de la madre, constituye un defecto de motivación, provocando que la sentencia sea calificada de *infra petita*, pues no fue congruente con la petición formulada en defensa por las partes demandadas.

Bajo este principio procesal, llama la atención (al menos no se ha reseñado en la sentencia de haberse planteado), que las empresas demandadas no hayan atribuido alguna responsabilidad a la Policía Nacional del Perú, por no cumplir con su obligación de seguridad luego de denunciada la desaparición del menor, cuyo fallecimiento horas después, motivó una enmienda legal quizá como *mea culpa*, para la atención de estas denuncias.

La solidaridad tiene que ser expresa y lamentablemente nuestra ley solo la aplica hacia el empresario que presta servicios de transporte. La misma restricción de aplicación se tiene hacia la posición del usufructuario o arrendatario, quienes, en el esquema actual, no pueden ser agentes pasivos de la solidaridad prevista en la ley.

10. Responsabilidad indirecta del propietario por el hecho culpable o no culpable del conductor

Como ya hemos expuesto al tratar la responsabilidad del empresario, la que corresponde al propietario del vehículo también es solidaria y pretende fundarse en el riesgo de la actividad y en la posibilidad de diluir el riesgo a través del seguro. Sin embargo, lo que encontramos nosotros es una responsabilidad objetiva por garantía que se funda en tres pilares: (i) la posibilidad en efecto de asegurar el daño que ostenta el propietario del vehículo y diluir el costo, no hacia toda la sociedad, pero por lo menos a un grupo significativo de ella, es decir, los propietarios de los vehículos; (ii) la aparente posición, no presente en todos los casos, sin embargo, de cercanía con la actividad del conductor; y (iii) simple y crudamente la necesidad de favorecer a la víctima, es decir, una política legislativa establecida a través de una suerte de obligación *ex lege*, que supone generalmente que el propietario tiene más dinero que el conductor.

La hipótesis del artículo 1981 del Código Civil no es aplicable en estricto en esta responsabilidad, porque el propietario no desarrolla una actividad empresarial y carece de una organización que le permita gestionar profesionalmente los riesgos. El propietario, cuando no se trate de una persona jurídica, tiene la condición de ciudadano o consumidor, forma de dominio bajo la cual se encuentran la mayoría de los vehículos que circulan. Estamos, en estos casos,

ante un uso de carácter privado, un uso doméstico o particular que se desenvuelve como una actividad más de la vida, dentro de los riesgos naturales de esta.

Conviene añadir unas palabras más sobre el tercer pilar de la responsabilidad por garantía en estos casos, esto es, la obligación *ex lege*, una atípica, si quieren, obligación *ex lege*.

El hecho de que la obligación de reparar del propietario provenga de la ley, no transforma el carácter extracontractual del deber genérico de no dañar del conductor. En ese sentido, por lo menos en cuanto a este tercer pilar de responsabilidad del propietario, la obligación *ex lege* del propietario no tiene en sí misma un carácter de responsabilidad extracontractual en cuyo caso no podría calificarse de objetiva. La atribución de responsabilidad no deriva de esta técnica de tutela a la que se refiere el profesor Espinoza³⁶, sino sencilla y directamente de la garantía de resarcimiento a la víctima como política legislativa.

El propietario no está, en la mayoría de los casos, en posición de dañante o desarrollando una actividad lucrativa o generando riesgos por tal actividad que esté en posibilidad de gestionar; su responsabilidad, desde nuestro modesto punto de vista, surge *ex lege*, luego de producido el accidente o daño. Ante este evento, la ley llama al propietario a responder no porque haya actuado con culpa o riesgo, sino porque lo prefiere,

36 ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, ob. cit., pp. 45-46.

dentro de todas las opciones existentes, como agente que debe asumir el costo del daño. Y ello en la medida que su presencia garantiza mejor a la víctima en la búsqueda de su resarcimiento, por la presunta idea de que tiene mayores recursos.

Tal vez por el reparo o cautela que implica establecer una obligación *ex lege* como esta, la legislación de Costa Rica, por ejemplo, aplica esta garantía, pero solo hasta el límite del valor del vehículo, es decir, no hay una responsabilidad objetiva ilimitada como sería la de cualquier otra responsabilidad de esta naturaleza.

Qué riesgo podría atribuirse al propietario que no haya sido generado antes por el productor del vehículo (en este caso los trenes), por su comercializador o financiador de su compra y por el Estado mismo que le da licitud a esta circulación, regulando y favoreciendo su uso. No, el riesgo de la circulación no explica solo la responsabilidad del propietario, sí lo hace, pensamos, de forma conjunta los tres pilares antes indicados, uno de los cuales es la provisión legislativa dispuesta dentro de la política de favorecer a las víctimas de los accidentes de tránsito.

Solo sobre la base de lo dicho hasta aquí, resulta racional que los bancos o entidades financieras propietarias de los vehículos automovilísticos objeto de *leasing*, asuman la responsabilidad solidaria que la ley señala. En este caso, no hay necesidad de recurrir a una objetable

interpretación o aplicación analógica, pues es claro que en estos contratos de *leasing*, el dominio jurídico sobre los bienes dados en arrendamiento lo tiene la entidad financiera, que opera, como sabemos, bajo una forma empresarial y está en mejores condiciones de diluir el riesgo entre sus clientes y gestionarlo de una manera profesional, como hemos expuesto en otro trabajo³⁷.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el propietario registral ya no es el propietario real porque ya transfirió y entregó el vehículo a su nuevo adquirente? La jurisprudencia se ha encargado de dilucidar este tema en la Casación N.º 1926-2010-Lima del 20 de junio del 2011. En este caso, frente a la decisión de la Sala Civil de absolver del proceso indemnizatorio al propietario registral que había hecho la transferencia vehicular a través de un documento privado antes de la ocurrencia del accidente basado en el artículo 947 del Código Civil, la Corte Suprema señaló:

[...] encontrándonos ante un aparente conflicto de normas de igual jerarquía, la prevista en el Código Civil, que regula la transferencia mobiliaria en general y la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, relativa a la transferencia vehicular, resulta de aplicación para la solución del caso en análisis el Principio de Especialidad de la Norma, el mismo que supone la prevalencia de la norma especial sobre la general [...] debe optarse preferentemente por las

37 CAMPOS BERMÚDEZ, José A., "La responsabilidad civil de los bancos por la indebida gestión de los riesgos de su actividad", en *Actualidad Civil*, n.º 25, Lima: 2016.

normas especiales que en el caso en particular rigen el tránsito terrestre, es decir, la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre [...] asimismo, para determinar la calidad de propietario del indicado codemandado respecto del bien causante del daño, es de estricta aplicación lo dispuesto en el artículo 34 de la citada Ley, en virtud del cual “la transferencia de propiedad y otros actos modificatorios referidos a vehículos automotores se formaliza mediante su inscripción en el Registro de Propiedad Vehicular”.

11. Comentarios a la sentencia

Todo lo expresado hasta aquí acerca del riesgo de la actividad empresarial como criterio de imputación en este tipo de casos de accidentes de tránsito o ferroviarios, nos puede servir de soporte para establecer, en línea de principio, que es adecuado que el costo de los daños que se presenten en esta actividad deban ser asumidos por las empresas. El problema es que se tiende a robotizar esta aplicación, perdiendo de vista sus fundamentos e incluso instrumentalizarla como coartada o vía libre para desencadenar los sentimientos de solidaridad; un valor desde luego positivo en una sociedad, pero que no debe ser llevada al extremo, como ha ocurrido en el caso de la sentencia bajo comentario, que, con la cifra concedida, claramente sanciona al empresario, sin plantearse la necesidad de hallar negligencia en su conducta. En efecto, en la práctica, lo que ha hecho la sentencia es aplicar incorrectamente otra forma de *punitive damages* a la peruana, como hizo la Corte Suprema en materia laboral.

Así, como hemos señalado, que es el empresario el que puede diluir el costo de los daños de su actividad, incorporando el costo de la prima o de la reparación, en el precio de sus productos y servicios, sentencias como la comentada generarán una distorsión en el mercado, pues precisamente es el precio el que tendrá que ser, a nuestro juicio, irracionalmente, incrementado por las empresas, lo cual ocasionará un perjuicio hacia los consumidores finales y otras empresas que pagan las tarifas de estos servicios.

Y es que, con tales señales de la Corte, las empresas aseguradoras que garantizan el pago de los resarcimientos hacia la víctima tendrán que incrementar ostensiblemente la prima para poder dar cobertura a estos siniestros.

Identificado el tipo de responsabilidad aplicable en este caso, a la Corte le resultó cómodo en cierto modo no tener que analizar la culpa del maquinista, pues su falta de negligencia no era materia del debate. Estamos en desacuerdo con esta afirmación, pues desde el hecho de que se busca un resarcimiento con fines sancionatorios como el que da cuenta el petitorio de la demanda, estimamos que sí era necesario realizar el esfuerzo de evaluar el grado de culpabilidad que le permita activar la función sancionatoria y preventiva de la responsabilidad civil. Como hemos anunciado al inicio, de ello nos ocuparemos en extenso en otro trabajo.

Otra crítica a esta sentencia es la no aplicación adecuada de los supuestos de causas no imputables. Nos referimos en este caso a la culpa de la víctima o la imprudencia de quien padece el daño, fórmula empleada por el artículo 1972 del Código Civil. Resulta extraño el razonamiento de la Corte cuando expresa que sería inaceptable que un menor pueda estar todo el tiempo bajo la atenta mirada de sus padres, y alude como fundamento de ello, la responsabilidad objetiva que les es imputable y no por vuestra culpa *in vigilando*. Una conclusión coherente con tal premisa plantearía la exigencia que tendría que desarrollarse líneas después, del grado de responsabilidad de la madre en este caso. Lo sorprendente es que la Corte no realizó tal labor.

Y es que, si en su esquema, la culpa de los padres es objetiva, no nos explicamos porqué entonces no pasó a establecer la responsabilidad también de la madre por la pérdida del menor y el posterior fatal desenlace. Es decir, evaluar si hubo un descuido de la madre que se pudiera calificar, si no como un hecho impositivo de la responsabilidad por riesgo de las empresas que desarrollan la actividad ferroviaria, en los términos del artículo 1972 indicado, al menos una condición que calificaría como un atenuante de dicha responsabilidad empresarial, en los términos del artículo 1973, en cuyo caso la responsabilidad de estas tendría que haberse reducido por el juez.

De nuevo, pensamos que la Corte no efectuó un adecuado razonamiento porque se encontraba bajo el influjo de un atajo mental provocado en este caso por el sesgo de favorecer solidariamente a la víctima frente a un suceso profundamente lamentable como lo es la muerte de un hijo.

A nuestro juicio, en la búsqueda de su destino de no responsabilizar a la madre, la Corte erró el camino al invocar la responsabilidad objetiva de los padres como correlato de la inimputabilidad del menor. Recordemos que fue esto último lo que arguyó la sentencia de vista para no compulsar de responsabilidad a la madre. En efecto, partiendo de la premisa de que la víctima en este caso era el menor, siendo este inimputable, no correspondía responsabilizarlo de los daños que sufrió, olvidando que es el daño consecuencia, en este caso reflejo (daño moral) y directo (gastos de la madre), el que debe determinar la búsqueda del resarcimiento en la relación jurídico-procesal instaurada con la demanda. En otros términos, siendo la madre la que reclamó el pago de la indemnización, es sobre ella la que debe recaer el análisis sobre si su conducta provocó o al menos contribuyó a la causa del daño, de modo que merezca ser resarcida, o el importe que merezca ser reducido.

Esto que nos atrevemos a expresar, no nos es cómodo; al contrario, nos resulta difícil tener que referirnos a la eventual responsabilidad de los padres cuando acontecen eventos como el del

fallecimiento de un hijo, pero no podemos dejar de aplicar las coordenadas legales que representan la *lex artis* de nuestro oficio.

A nuestro juicio, la omisión de examen de la eventual responsabilidad de la madre, constituye un defecto de motivación, provocando que la sentencia sea calificada de *infra petita*, pues no fue congruente con la petición formulada en defensa por las partes demandadas.

Bajo este principio procesal, llama la atención (al menos no se ha reseñado en la sentencia de haberse planteado), que las empresas demandadas no hayan atribuido alguna responsabilidad a la Policía Nacional del Perú, por no cumplir con su obligación de seguridad luego de denunciada la desaparición del menor, cuyo fallecimiento horas después, motivó una enmienda legal quizá como *mea culpa*, para la atención de estas denuncias.

Y es que no pasa desapercibido para nosotros que, en este caso, hubo un defecto en la prestación de un servicio público cuyo cumplimiento cabal quizá hubiera podido evitar el fatal desenlace, defecto provocado por la desidia del personal policial, sumado a una irracional y cuestionable regulación (una de tantas), que tiene de nuevo su causa en una también desidia de los órganos encargados de legislar.

En el caso planteado, el Ministerio del Interior pudo haberse considerado como tercero, cuyo comportamiento negligente podría haberse configurado

como el hecho determinante que hubiera eximido de responsabilidad a las indicadas empresas ferroviarias. Entiendo que resulta muy complicado llegar a establecer que el defectuoso servicio policial haya sido el hecho determinante del daño, pero no podemos dejar de señalar que el fatal desenlace quizá no hubiera podido producirse si la policía habría activado todas las alarmas y efectuado la búsqueda de inmediato y no tener la absurda respuesta de tener que esperar 24 horas para operar.

En este caso, aunque suene paradójico decirlo, la pita se quiebra por el lado más débil. Y es que, en virtud a una política legislativa, que en principio no juzgados incorrecta, llevada ella a un extremo, se terminó endilgando el “costo” del daño en el agente que ostenta más recursos, en el *deep pocket*, convertido en una suerte de bróker obligado de la sociedad toda.


Llama la atención que la defensa de las empresas no hayan invocado la causal eximente de responsabilidad apenas referida, pues, en la sentencia de vista, al analizar la eventual imprudencia de la madre, aludió como demostración de su diligente conducta el que ella haya procedió a buscarlo conjuntamente con el padre y presentado la denuncia respectiva ante la comisaría de San Andrés; con lo cual, lo que seguía en la línea de tiempo, tendría que haber sido la diligente labor de búsqueda de la policía. Sin embargo, allí le manifestaron que

tenía que pasar 24 horas para formalizar lo ocurrido.

En la sentencia de vista se añade que este caso provocó que se emitiera algunos años después la Ley N.º 29685 (14 de mayo del 2011), apodada precisamente “Ley Brunito”, y que permite acciones inmediatas de búsqueda, localización y protección por parte de la autoridad cuando se reporta la desaparición de personas vulnerables.

En este punto es importante efectuar una comparación entre el enunciado del artículo 1973 del Código sustantivo vigente y el que se propone en el Anteproyecto de Reforma. Ocurre que, en el primero, solo se tipifica a la imprudencia de la víctima como evento que puede dar lugar a la reducción judicial de la indemnización. Es decir, la eventual responsabilidad de la policía, sea que la veamos como fuerza mayor o hecho determinante de tercero, no hubiera podido calificar como factor que provoque la reducción de la indemnización.

En cambio, el enunciado propuesto en el anteproyecto, subtítulo *causas concurrentes*³⁸, sí tipifica a estos eventos y al caso fortuito también, como aquellos que pueden participar en la relación de causalidad, y determinar con ello la reducción de la indemnización. No

olvidemos que tales eventos deben ser apreciados tanto en el actual esquema como en el propuesto, de acuerdo con las circunstancias, situación esta que, estimamos, no han sido tomadas en cuenta en la sentencia comentada. Para ella, ni circunstancias ni atenuantes, nada servía para frenar el impulso humano, por cierto, de ofrecer su solidaridad con la víctima. 

12. Referencias bibliográficas

ALPA, Guido, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, Lima: Gaceta Jurídica, 2001.

ANAYA SAADE, Celina, “Riesgos en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca”, en *Revista Mercatoria*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, vol. 11, n.º 1, 2012.

BECK, Ulrich, *La sociedad de los riesgos: hacia una nueva modernidad*, traducción de Jorge Navarro, Barcelona: Paidós, 1998.

CAMPOS BERMÚDEZ, José A., “La responsabilidad civil de los bancos por la indebida gestión de los riesgos de su actividad”, en *Actualidad Civil*, n.º 25, Lima: 2016.

CORSARO, Luigi, “La responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno en el derecho civil italiano”, en *Ius et Veritas*, n.º 21, Lima: 2000.

D’AMICO, Giovanni, *Contribución a la teoría de la responsabilidad contractual*, Lima: Legales Instituto, 2015.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Responsabilidad por riesgo”, en *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. II, Lima: Instituto Pacífico, 2015.

DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil Patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Civitas, 2011.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

38 Artículo 1973.- Causas concurrentes Si el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de tercero o de quien padece el daño solo hubieren concurrido en la producción de éste, la indemnización será reducida según las circunstancias.

- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser, LEÓN HILARIO, “La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva”, en *Derecho PUCP*, n.º 58, Lima: 2005.
- FRANZONI, Massimo, “La evolución de la Responsabilidad a partir del análisis de sus funciones”, en *Responsabilidad civil contemporánea*, Lima: Ara Editores, 2009.
- HARO SEIJAS, José Juan, “¿Periculum est dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada”, en *Themis*, n.º 49, Lima: 2004.
- JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, t. II, vol. I, Buenos Aires: Bosch, 1950.
- KUBICA, María Lubomira, *El riesgo y la responsabilidad objetiva*, tesis para obtener el grado de doctor, Cataluña: Universitat de Girona, 2015.
- MARTÍN CASALS, Miquel y Jordi, RIBOT IGUALADA, “Responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general”, en *Derecho privado europeo*, Madrid: Colex, 2003.
- MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil*, t. I, vol. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.
- MERINO ACUÑA, Roger, *Justicia social y economía en la teoría del derecho. Las intersecciones entre el derecho, la economía y la política*, Lima: Palestra, 2016.
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, *Riesgos de empresa. Responsabilidad civil del empresario*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- PIZARRO, Ramón Daniel, *Tratado de la responsabilidad objetiva*, t. II, Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley, 2015.