



## COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

# Robo al transportista de mercaderías: ¿riesgo de la actividad gestionable o supuesto de fuerza mayor?

Comentario a la Casación N.º 902-2016-Lima

José Campos Bermúdez\*

*Pontificia Universidad Católica del Perú*

## SUMARIO

1. Introducción. — 2. Resumen de la litis y las sentencias. — 3. El robo de mercadería: ¿fuerza mayor o riesgo típico de la actividad del transportista? — 4. Reflexión sobre el riesgo de empresa como criterio de imputación. — 5. La responsabilidad subjetiva: la culpa. — 6. La culpa profesional de la empresa. — 7. La “objetivación” de la culpa como tercera vía. — 8. La obligación de custodia ex recepto del transportista. — 9. El robo al transportista en la jurisprudencia argentina. — 10. Crítica de la sentencia. — 11. Referencias bibliográficas.

## RESUMEN

Se reflexiona a partir de la sentencia en comentario, los siguientes puntos: ¿se podría asignar el riesgo típico de la actividad de transportar mercancías por medio de un contrato?, ¿para eximir de culpa al transportista se requiere no solo acreditar el hecho irresistible e imprevisible sino la fractura del nexo causal?, ¿el robo sería un riesgo típico de la actividad de la empresa de transporte que podría o no presumirse como culpa leve?, entre otros.

**Palabras clave:** Riesgo típico/ Actividad de transporte/ Nexo causal/ Culpa leve.

**Recibido:** 03-01-17

**Aprobado:** 18-01-17

**Publicado en línea:** 02-02-18

## ABSTRACT

*The author wonders about the following points from the sentence in comment: could it be assign the typical risk of the activity of transporting goods through a contract? To exempt the carrier from fault, is it required not only to prove the irresistible fact unpredictable but the fracture of the causal link?, Would the theft be a typical risk of the activity of the transport company that could or could not be presumed as a slight fault? among others.*

**Keywords:** Typical risk / Transport activity / Causal link / Mild fault.

**Title:** Theft to the merchandise carrier: risk of the managed activity or assumption of force majeure?

**Author:** José Campos Bermúdez

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

## 1. Introducción

El caso bajo comentario plantea varios tópicos del derecho civil tales como la culpa, el riesgo de la actividad del transportista, el riesgo de empresa, la diligencia profesional, la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, la obligación de custodia *ex recepto*, la prueba del incumplimiento de la obligación, las obligaciones de medios y resultado, la compensación, entre otros; pero, por razones de espacio, nos ocuparemos de lo que consideramos más relevante para la tarea que nos ocupa.

En líneas generales, son tres las ideas relevantes de la sentencia. Primero, que para que opere el resarcimiento se tiene que demostrar de modo copulativo todos los requisitos de la responsabilidad civil contractual, cosa en realidad conocida por todos; segundo, que la prueba de la culpa inexcusable de que se acusa en este caso al transportador, le incumbe al acreedor, regla cierta pero no necesariamente aplicable en este caso como veremos más adelante; y tercero, pero más destacable, que para la Corte Suprema, el asalto y robo de mercaderías al transportista constituye un supuesto de fuerza mayor.

De tal evento nos ocuparemos en las líneas siguientes, pero no como uno que pudiera ser calificado *a priori* de fuerza mayor, sino como un evento presupuestable en la actividad del transportador, un riesgo típico de su actividad empresarial, un riesgo ordinario susceptible de ser asignado en el contrato respectivo,

pero al no hacerse ello, correspondía a la jurisdicción asignarlo vía el resarcimiento de daños.

Para determinar la responsabilidad que corresponda, analizaremos la noción de *riesgo de empresa*, que viene adquiriendo cada vez más autonomía como criterio de imputación e instrumento de racionalización del sistema económico y jurídico, y veremos si cabe su aplicación al caso.

## 2. Resumen de la litis y las sentencias

La empresa Savar Agente de Aduanas S. A. (Savar) venía prestando sus servicios de almacenaje y aduanaje de mercaderías, desde el año 2003, a la empresa Sierras y herramientas del Perú S. A. C. (Sierras). En el marco de aquella relación, en el 2006, le demanda el pago de US\$45 706,02 (representado en una factura y una liquidación), como contraprestación de sus referidos servicios, gastos operativos e intereses.

El demandado Sierras, en su defensa, señala que dicha deuda era en realidad de US\$44 996,73, de la cual había entregado a cuenta US\$30 000, pero alega que como la mercadería (valorizada en US\$187 659,34) nunca llegó hasta su destino en sus almacenes, a consecuencia del robo acontecido en el camino cuya responsabilidad imputa a Savar, se ha configurado un incumplimiento contractual de esta. Así las cosas, en vía de reconvencción, solicita la compensación de los US\$30 000 anticipados contra la deuda que Savar

reclama de US\$ 45 706,02. Asimismo, también en vía de reconvenición, reclama un resarcimiento de US\$180 086,21 por concepto de lucro cesante, daño comercial e intereses, generados a consecuencia del incumplimiento por negligencia grave en la entrega de la mercadería desaduanada robada.

### IMPORTANTE

[...] la teoría del riesgo ha transitado por tres caminos principales. El primero, el del riesgo beneficio, de acuerdo con el cual quien en el desarrollo de una actividad genere un riesgo y obtenga de esta una ventaja o utilidad, debe indemnizar los perjuicios que se causen derivados de tal riesgo, sin importar si actuó diligentemente. El segundo, el del riesgo creado, que postula que quien en desarrollo de una actividad genere un riesgo, está en la obligación de indemnizar los perjuicios generados sobre terceros, sin importar si el agente obtiene un provecho o no. El tercer camino, es el del riesgo profesional, del cual se habla para referirse al desempeño en forma profesional de actividades que entrañan riesgo para terceros, como el fundamento de la responsabilidad.

Sierras consideraba que Savar actuó con negligencia grave porque esta transportaba la mercadería hacia los almacenes de aquella, fuera del horario de atención (entre 8:30 a. m. y 5:15 p. m.), durante la noche y por conocidas zonas peligrosas.

La sentencia de primera instancia declaró fundada en parte la demanda, reconociendo como deuda US\$45 706,02 e infundada la reconvenición. Se establece en ella que los US\$30 000 pagados a cuenta ya habían sido descontados en la liquidación que por un importe mayor y el total de deudas anteriores, fue acompañada a la demanda; liquidación además que no fue cuestionada u observada en su oportunidad y tiene el respaldo de la pericia contable actuada judicialmente.

Se considera también en la decisión que el servicio cuyo pago se reclama no comprende el de transporte de mercaderías, sino solo al almacenaje y desaduanaje, por lo que aun cuando se haya producido el robo y no haya llegado la mercadería a los almacenes de la demandada, esta no puede desconocer los dos servicios referidos que sí fueron prestados.

Respecto del robo, considera, además, la sentencia que tal acontecimiento constituye un hecho fortuito ajeno a la responsabilidad del demandante. Se tiene en cuenta también que por dicho evento la compañía de seguros ya había indemnizado a la demandada.

Respecto de la compensación reconvenida, se considera que el importe que se pretende compensar ya ha sido tomado en cuenta en la liquidación, por lo que no es estimable tal pedido. Finalmente respecto de la pretensión de daños reconvenida, se considera que ella no puede ampararse porque el robo

constituye un típico caso fortuito no imputable al demandante.

La sentencia de segunda instancia confirma la apelada en el extremo que declara fundada en parte la demanda pero la revoca en cuanto al monto, reformándolo en US\$29 031,08 determinado en la pericia. En cuanto a la reconvencción revoca la sentencia que la desestimó y reformándola la declaró fundada en parte, disponiendo el pago de US\$62 553,11 por concepto de lucro cesante y disponiendo además la compensación de los US\$30 000 pagados a cuenta, contra la deuda de US\$29 031,08 amparada más intereses, por ser ambas obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles, fungibles y homogéneas.

En esta sentencia se determinó conforme a la declaración del representante de la demandante en la audiencia de pruebas, que el servicio de transporte de la mercadería hacia los almacenes de la demandada sí formaba parte del servicio comprometido, el cual se completaba con dicha entrega a la demandada de modo que el operador transportista actuaba bajo órdenes de la demandante.

Respecto del robo considera la Sala que la demandante no fue diligente sino que actuó con culpa inexcusable porque no adoptó las medidas de prevención requeridas, exponiendo al riesgo de robo (facilitando su comisión), al vehículo de transporte, al disponer que tal actividad se realice fuera del horario de atención de la demandada, durante la noche, sin resguardo y por zonas altamente peligro-

sas, es decir, incumplir los requerimientos mínimos de seguridad, conducta ésta que a su juicio, no constituye un supuesto de fuerza mayor.

Así las cosas, la Sala consideró que como la mercadería no había llegado a los almacenes de la demandada como estaba comprometido, la demandante había incumplido su obligación y por ello mismo, quedaba obligada al pago de la indemnización por lucro cesante que fijó en US\$62 553,11.

Respecto de la compensación, consideró la Sala que, teniendo en cuenta que el pago por el servicio aludido de US\$46 674,64 no era exigible, los US\$30 000 que se pagó a cuenta del mismo servicio debía devolverse, pero como este monto era compensable con la deuda anterior reconocida de US\$29 031,08 que se tenía frente a la demandante, confirmó la Sala tal modo de extinción de la obligación.

Contra esta decisión de segunda instancia, el demandante interpuso su recurso de casación por las causales de infracción de normativa procesal (falta de motivación) y las causales de infracción normativa material (arts. 1315, 1317, 1319 y 1321 del Código Civil) de reglas referidas al caso fortuito y fuerza mayor, a los daños y perjuicios por inejecución no imputable, a la culpa inexcusable y a la indemnización por dolo o culpa (leve e inexcusable).

La primera de las causales fue desestimada por la Corte Suprema al considerar que la sentencia de vista sí

expresaba las razones de hecho y derecho mínimas que apoyan su decisión y que respondían a las alegaciones formuladas por las partes dentro del proceso.

La segunda causal es analizada por partes por la Corte Suprema, dando cuenta primero de la infracción de los artículos 1319 (culpa inexcusable) y 1321 (indemnización por dolo o culpa), estos es, los referidos al factor de atribución (así lo considera la sentencia) o criterio de imputación.

Centrándose en la culpa inexcusable de que se imputaba a la demandante en el incumplimiento de su obligación (aquella que culminaba con la entrega de la mercadería), la Corte Suprema encontró que tal imputación no fue acreditada en el proceso, por lo que, al no concurrir este requisito de la responsabilidad civil, no correspondía amparar la pretensión de daños reconvenida por el demandado, siendo por eso amparable el recurso en este extremo.

En lo que respecta al análisis de los artículos 1315 (caso fortuito y fuerza mayor) y 1317 (causa no imputable), la sentencia, luego de hacer una descripción de las nociones indicadas, consideró que el robo ocurrido en el camino con destino a los almacenes del acreedor, sí constituía un supuesto de caso fortuito porque no podía ser previsto por el demandante, estaba fuera de su control razonable, además no había forma de poder evitarlo porque la acción delictual es siempre un acto inesperado, sorpresivo e imprevisto. Finalmente,

califica a dicho robo como un acto que no podía ser superado ni evitado sin poner en riesgo la integridad física del transportista que conducía la mercadería. Se llega a esta conclusión también porque se considera que la imputación de negligencia grave consistente en no cumplir las medidas de seguridad para evitar el robo no fue probada. Por estas razones consideró amparable el recurso en este extremo.

Finalmente, respecto la infracción normativa del artículo 1288, referido a la compensación de los US\$30 000 pagado a cuenta por el servicio, la sentencia casatoria estimó que no procedía esta forma de extinción de la obligación por cuanto este importe ya estaba descontado de la liquidación del demandante puesta a cobro.

### 3. El robo de mercadería: ¿fuerza mayor o riesgo típico gestionable de la actividad del transportista?

Una primera cuestión es preciso destacar para analizar mejor la sentencia. En el caso se determinó con la declaración de la propia demandante, que el servicio de transporte de la mercadería hacia los almacenes de la demandada sí formaba parte del servicio comprometido; que este servicio se completaba con dicha entrega en los almacenes de la demandada. Esto supone entonces que el transportista actuaba bajo riesgo y órdenes del demandante.

Ahora bien, si el transporte de mercaderías formaba parte del servicio

y estaba comprendida en la actividad económica de la empresa demandante y, como sabemos, el asalto y robo de vehículos de transporte de mercaderías es una incidencia delictiva común, ¿podemos considerar que tal evento constituye un riesgo típico de la actividad del transportista?

### IMPORTANTE

[...] en el contrato de transporte terrestre de mercancías la obligación del transportista es de resultado, consistente este en recibir la mercancía sin daño alguno en el lugar de destino y en el plazo pactado, de forma tal que, si esto no se produce, se presume que eso constituye un incumplimiento en la medida que se presume la culpa leve.

Los operadores del derecho no podemos reflexionar encerrados en nuestros códigos y nuestros dogmas, sino que debemos prestar atención a la realidad en que se desenvuelven las normas. Como nos lo pide hacer el profesor DE TRAZEGNIES<sup>1</sup>, tenemos que ampliar nuestra perspectiva y *repensar* el derecho civil, abriendo sus ventanas para dialogar con el resto de la sociedad, aproximarlos a la realidad de nuestro tiempo con los instrumentos de las otras ciencias sociales.

En este caso, consideramos que correspondía dar cuenta de la estadística

de la siniestralidad por causa de los robos y de los estudios sociales sobre su comisión para tener una idea de cuán típico es dicho riesgo y cómo es que merecía una gestión por parte del proveedor transportista. No obstante ello, la información periodística que recibimos a diario nos permite establecer como una regla de la experiencia, que el robo sí es un riesgo actual en el transporte de mercadería por carretera. De hecho es una siniestralidad considerada típica por las empresas aseguradoras, en general de todo tipo de vehículo, y lo es aún más en los vehículos de carga de mercadería.

Frente a este riesgo típico de la actividad del transportista, y como en su oportunidad propusimos de modo particular para la actividad financiera<sup>2</sup>, la herramienta de gestión de riesgos se puede aplicar también para la actividad del empresario transportista de mercaderías. Ella nos permitirá establecer con mayor grado de certeza, la responsabilidad civil que atañe a la empresa proveedora de este servicio frente al acreedor.

Pues bien, como lo señala un estudio de CEPAL<sup>3</sup>, siendo la seguridad de la cadena logística para las empresas de transporte de carga por carretera un tema central para las economías

1 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "El derecho civil ante la post-modernidad", en *Derecho*, n.º 45, Lima: 1991, pp. 324-325.

2 CAMPOS BERMUDEZ, José A., "La responsabilidad civil de los bancos por la indebida gestión de los riesgos de su actividad", en *Actualidad Civil*, vol. 25, Lima: julio del 2016, p. 200.

3 CEPAL, "Seguridad en la operación del transporte de carga carretero", boletín FAL, n.º 285, n.º 5, 2010. Recuperado de <goo.gl/CA1d4K>.

globalizadas, y su confiabilidad una herramienta de su competitividad, tal seguridad debe ser una exigencia cada vez mayor, tanto más porque el traslado de bienes valorados y de fácil reducción en el mercado negro lo hace propenso a delitos.

Se reflexiona en el indicado informe<sup>4</sup> que, si bien en nuestros países latinoamericanos el aseguramiento de la cadena logística se da en un contexto de desarrollo institucional en ciernes, es necesario que encontremos un equilibrio entre la seguridad y la facilitación del comercio y el transporte. Y es que si los procedimientos de seguridad se vuelven muy rígidos o muy engorrosos, los costos logísticos se incrementan, afectando la competitividad del sector.

Lo que está claro es que las exigencias de seguridad en las operaciones del transporte de carga de mercaderías son un atributo fundamental del servicio y se constituye en una obligación esencial, por lo que este debe prestarse con altos estándares de seguridad y una adecuada gestión de riesgos, uno de los cuales es precisamente el riesgo de asalto y robo.

Como vemos, la seguridad ante los delitos es un tema de suma relevancia para estas empresas de transporte de mercadería, porque están expuestos a ellos dada la naturaleza de su actividad, cuyo carga atrae a los delincuentes, quienes aprovechando la dificultad de

control y vigilancia, buscarán siempre perpetrar estos robos.

Es claro también que la seguridad ante los delitos es una tarea del Estado, pero como en este caso, cuando este no puede alcanzar por completo sus objetivos, corresponde a la empresa hacerlo a través de mejoras tecnológicas en sus procesos, modernización de la flota y profesionalización de sus recursos humanos. No olvidemos que, en su calidad de empresa, esta se encuentra en condiciones de trasladar el costo de su seguridad a sus clientes.

Ahora bien, si como ha quedado establecido, el robo es un riesgo típico de la actividad del transportador de mercaderías, este riesgo pudo ser asignado en el contrato de servicios respectivo, pero como no se hizo, correspondía a la jurisdicción hacerlo al resolver el conflicto. En efecto, como afirma COLEMAN, los contratos asignan riesgos *ex ante*, mientras que el derecho de daños los asigna *ex post*, correspondiendo a la jurisdicción imponer los derechos y deberes *ex post* que no fueron explicitados *ex ante*<sup>5</sup>.

#### 4. Reflexión sobre el riesgo de empresa como criterio de imputación

No pretendemos postular al riesgo en mención como criterio de imputación en este caso de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, pero tampoco podemos dejar de dar cuenta cómo la noción de riesgo y su

4 *Idem*.

5 COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 29 y ss.

distinción con la culpa, ha sido materia sencilla para la doctrina, sino más bien un problema con el que se han enfrentado incluso los códigos europeos. Tal distinción, calificó TUNC, es muchas veces arbitraria<sup>6</sup>. Y es que, a pesar de que el riesgo está ampliamente reconocido como criterio de imputación, su noción es todavía imprecisa y de contornos borrosos no muy bien delimitado con la culpa.

Como sabemos<sup>7</sup>, la teoría del riesgo ha transitado por tres caminos principales. El primero, el del riesgo beneficio, de acuerdo con el cual quien en el desarrollo de una actividad genere un riesgo y obtenga de esta una ventaja o utilidad, debe indemnizar los perjuicios que se causen derivados de tal riesgo, sin importar si actuó diligentemente. El segundo, el del riesgo creado, que postula que quien en desarrollo de una actividad genere un riesgo, está en la obligación de indemnizar los perjuicios generados sobre terceros, sin importar si el agente obtiene un provecho o no. El tercer camino, es el del riesgo profesional, del cual se habla para referirse al desempeño en forma profesional de actividades que entrañan riesgo para terceros, como el fundamento de la responsabilidad.

6 TUNC, André, *Rapport sur les choses dangereuses*, citado por KUBICA, María Lubomira, *El riesgo y la responsabilidad objetiva*, tesis para obtener el grado de doctor, Universitat de Girona, 2015. Recuperado de <goo.gl/J5o9Cu>.

7 ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y cuestiones*, traducido por Juan ESPINOZA, Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 86 y ss.

Como se viene señalando, la responsabilidad por el riesgo de la actividad debería recaer sobre la persona que lo crea en el desarrollo de tal actividad, porque ella está en la posición de controlarlo y 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 fondos comunes.

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.

En lo que respecta al *riesgo de empresa* como criterio de imputación de responsabilidad civil, sostiene Orlando que “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, y cuando también el evento mismo, aisladamente considerado, pueda parecer dependiente del caso fortuito o de fuerza mayor”<sup>8</sup>.

Tal es la relevancia de la *responsabilidad de la empresa* que, modernamente, se

8 *Ibid.*, p. 87.

le considera uno de los tres métodos que actualmente existen para la reducción de los costos de los accidentes, junto con la *seguridad social* y el *seguro privado voluntario*. Ello en la medida que la empresa se encuentran en condiciones favorables para 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 estuvieran asegurados) a los adquirentes de sus productos y servicios<sup>9</sup>.

Así las cosas, el *riesgo de empresa* como criterio de imputación de la responsabilidad civil fue considerado una “conquista de la civilización”<sup>10</sup>, pero, a la vez, como profundizaremos enseguida, se considera también un instrumento de racionalización del sistema económico y jurídico.

No debemos olvidar además que, en materia de responsabilidad contractual, la relevancia de la organización empresarial llevó a TRIMARCHI a proponer 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”<sup>11</sup>.

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”<sup>12</sup>.

Ahora bien, esto que se conoce como proceso de socialización de los costos de los daños como apunta FRANZONI<sup>13</sup>, o colectivización de las pérdidas como apunta ALPA<sup>14</sup>, 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

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

10 ALPA, *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y cuestiones*, ob. cit., p. 85.

11 D’AMICO, Giovanni, *Contribución a la teoría de la responsabilidad contractual. Contribución a la teoría de la responsabilidad contractual. La responsabilidad ex recepto y la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado*, Lima: Legales Instituto, 2015, pp. 69-70.

12 PIZARRO, Ramón Daniel, *Tratado de la Responsabilidad Objetiva*, t. II, Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, 2015, p. 248.

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

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

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 este los costos de las primas de seguros.

La autonomía de la responsabilidad de empresa, enriquecida con el tiempo por la doctrina y la jurisprudencia, ha sido en parte reconocida en los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL), cuerpo normativo que, si bien la ubica en el capítulo de la responsabilidad por culpa, le dedica un capítulo en la sección referida a la carga de la prueba. El artículo 4:202 describe así las hipótesis de la responsabilidad de empresa:

- 1) La persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible.
- 2) “Defecto” es toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios.

Como se observa, la responsabilidad de empresa está vinculada a la defectuosidad no solo del producto como se tenía reconocido desde larga data, sino también del servicio, que, en las

últimas décadas, viene siendo propuesto con más fuerza, pero que aún no tiene un completo desarrollo.

El artículo 5:101 de los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil antes aludidos se refiere a estos riesgos como aquellos “que tal actividad comporta y que resulta de ella”. De este modo, el daño tiene que resultar de los riesgos del desarrollo de la actividad de que se trata, de los que ocurre con mayor frecuencia, es decir de lo que se conoce como riesgo típico de la actividad. Como anota DIEZ PICASSO, la responsabilidad objetiva no se aplica a riesgos indirectos o atípicos que puedan surgir de la actividad del causante del daño<sup>15</sup>.

## 5. La responsabilidad subjetiva: la culpa

El profesor Gastón FERNÁNDEZ ha expresado con acierto que, mientras subsista la regulación legal de valoración *in concreto* de la culpa en sede contractual (art. 1320 del CC), esta se valorará así también en sede extracontractual, tomando como referencia “las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”<sup>16</sup>.

15 Con referencia a una sentencia del año 1994 que resolvió no imputar al empresario hotelero los daños producidos a causa de robo de vehículos porque consideró que no era un riesgo creado por él. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, España: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 282.

16 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito

Pertinente es añadir que el referido profesor FERNÁNDEZ, siguiendo una autorizada doctrina italiana, ha planteado que la obligación está vinculada siempre a un resultado útil para el acreedor, debiéndose aceptarse que es el interés en este y no el mero esfuerzo el que debe ser objeto de control para determinar la responsabilidad del deudor cuyo límite propone, sería la imposibilidad sobreviniente por causas no imputables (caso fortuito y fuerza mayor), es decir, “la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad”, de modo tal que “el deudor sólo cumple con su deber de diligencia vigilando que causas ajenas a él no le impidan cumplir, extendiéndose este deber de vigilancia hasta el instante mismo del cumplimiento”<sup>17</sup>.

Nosotros nos adherimos a esta moderna noción de diligencia porque ella permite con más propiedad incorporar la gestión de riesgos como parte del cumplimiento de la obligación comprometida por el deudor, perspectiva desde la cual luce más razonable la asignación de responsabilidad en general y en particular en este caso de la empresa, cuya una de sus actividades principales era el transporte de mercaderías y cuya

profesionalidad marca el carácter de la culpa que le es exigible.

### IMPORTANTE

[...] el robo es un riesgo típico de la actividad de la empresa de transportes, podremos concluir que no es correcto presumir *a priori* que tal evento es un supuesto de fuerza mayor, sino que es menester partir de la presunción de la suficiencia de culpa leve para fundar la responsabilidad civil, máxime tratándose de la responsabilidad agravada de una empresa profesional como lo es la transportista, obligación de custodia que determina una responsabilidad cuya única exoneración debe ser la prueba *positiva* del caso fortuito o fuerza mayor por parte del deudor.

#### 6. La culpa profesional de la empresa

Se dice que la culpa profesional es la falta de la diligencia profesional y esta no es más que la diligencia común que es debida en un acto profesional, esto es, la reclamada por la naturaleza del acto profesional que ha de ejecutarse según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar<sup>18</sup>.

No existe entonces un concepto autónomo o especial de culpa profesional, ella consiste solo en la culpa del profesional como manifestación de la culpa ordinaria en el desarrollo de las

de Sísifo? (panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)”, en *Themis*, n.º 50, Lima: PUCP, 2005, p. 256.

17 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias”, en *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo TABOADA CORDOVA*, Lima: Grijley, 2004, pp. 585-625.

18 WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad civil de los profesionales*, Lima: Ara Editores, 2002, p. 523.

actividades profesionales que suponen una competencia técnica en la materia. Su contrapartida, la diligencia profesional, “comprende no solo la atención de los actos profesionales, sino además el aspecto técnico específico requerido por las circunstancias [...] una exigencia de buena y esmerada conducta”<sup>19</sup>.

Al respecto, afirma D’AMICO, comentando el artículo 1176 del *Codice Civile*, que, si bien existe una distinción en la norma entre la culpa común y la culpa profesional, no obedece ella al aspecto subjetivo o calidad del agente, sino al aspecto objetivo de la *naturaleza de la actividad* que es objeto de la obligación, de modo que cuando se trate de una actividad profesional, la diligencia será evaluada de conformidad a estándares (de pericia, habilidad, etc.) “técnicos” inherentes a la *actividad* de que se trate<sup>20</sup>.

En ese sentido, implicando la diligencia en las prestaciones profesionales, la observancia de las normas técnicas que informan la actividad del profesional y siendo la pericia una especificación de la diligencia y la impericia una de la negligencia, es posible afirmar que quien, a pesar de su buena voluntad y esfuerzo, ejecuta su prestación apartándose de los dictados de la *lex artis* (impericia), le es imputable la responsabilidad.

En el ámbito contractual se sostiene que son los intereses involucrados en el contrato los que marcan el esfuerzo

debido, dando paso así a la “diligencia circunstanciada”<sup>21</sup>. Al profesional se le exige así la máxima prueba de haber empleado todas las medidas idóneas para evitar el daño, porque el profesional está en una situación de “superioridad contractual”<sup>22</sup>.

En relación con el alcance de la diligencia profesional, la doctrina y la jurisprudencia dominante italiana sostiene que ella está gobernada por criterios de naturaleza social y técnica. BIANCA señala por eso que la diligencia comprende la atención dirigida a la satisfacción del interés creditorio (cuidado), la observancia de las medidas para evitar que se impida la satisfacción de ese interés creditorio y otros jurídicamente tutelados (cautela), el empleo de nociones y conocimientos técnicos adecuados (pericia) y finalmente la observancia de las normas jurídicas para la satisfacción del interés del acreedor y el respeto de su esfera jurídica (legalidad)<sup>23</sup>.

ALPA ha advertido con acierto que hoy son dos los perfiles relevantes de la culpa profesional: i) el de la organización de medios y personas de los que se vale el profesional para desarrollar la actividad y ii) el de los profesionales individuales sujetos a estatutos que regulan su actividad. En el caso del primero advierte

19 *Idem*

20 D’AMICO, *Contribución a la teoría de la responsabilidad contractual...*, ob. cit., pp. 191-192.

21 WOOLCOTT OYAGUE, *La responsabilidad civil de los profesionales*, ob. cit., p. 524.

22 GHERSI, Carlos, *Responsabilidad profesional*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 48.

23 FAVALE, Rocco, “La responsabilidad profesional del abogado en Italia”, en *Actualidad Civil*, n.º 18, Lima: diciembre del 2015, pp. 38-39.

también nuestro autor, que estaría operando un deslizamiento del área de la culpa al área de la responsabilidad de la empresa<sup>24</sup>.

Estos conceptos de culpa profesional son desde luego aplicables a la empresa como organización profesional que desarrolla una actividad, que es el modelo que actualmente tiene mayor presencia en el mercado de bienes y servicios.

### 7. La “objetivación” de la culpa como tercera vía

La necesidad de buscar el resarcimiento de la víctima ha llevado a elevar el estándar de diligencia exigible hasta niveles a los que es casi imposible cumplir. La doctrina y jurisprudencia española, por ejemplo, ha llegado a sostener que “la diligencia obligada no abarca sólo las precauciones y cuidados ordenados en cada caso por los reglamentos, sino también toda la prudencia precisa para evitar el daño”, de modo que la observancia del cuidado equivale al “agotamiento de diligencia”, noción con la cual es prácticamente imposible que el demandado se escape de la responsabilidad probando su diligencia, pues el mismo daño demuestra que ésta no se agotó<sup>25</sup>.

24 ALPA, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, ob. cit., p. 272.

25 CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona: Aranzadi, 1987.

En esta línea, se agrega que “si las garantías adoptadas para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela que algo falta en ellos para prevenir y que no se hallaba completa la diligencia”<sup>26</sup>.

La exigencia a estos niveles de diligencia sobre todo en el ámbito de las actividades profesionales, es el antecedente del paso a la “objetivación” de la responsabilidad por culpa. Como decíamos antes, se exige ahora no solamente que el demandado cumpla con el estándar de conducta objetivo y abstracto, sino que se tiene en cuenta además las típicas capacidades de la organización profesional.

Ya en la segunda parte del siglo pasado se llegó a sostener que no existía una clara línea de demarcación entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva<sup>27</sup>, y que la distinción entre una y otra es conveniente únicamente a efectos de clasificación y exposición<sup>28</sup>. En consecuencia, no existen dos únicas alternativas: la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa, sino un conjunto de alternativas<sup>29</sup>.

26 Véase, al respecto: STS de 20 de junio de 1979 (RJ 1979, 2907), en MEDINA ALCOZ, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid: Dykinson, 2003, p. 88.

27 Entre otros: VON CAEMMERER, Ernst, en KUBICA, *El riesgo y la responsabilidad objetiva*, ob. cit., p. 173.

28 *Idem*.

29 REGLERO CAMPOS, Fernando, “Los sistemas de responsabilidad civil”, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, parte general, Fernando

En esa línea de pensamiento, se ha considerado que existe 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 polo<sup>30</sup>.

### IMPORTANTE

[...] Lo que no se puede prever es el momento en que se ejecutará el robo, pero el conocimiento frecuente de su ocurrencia, supone que la empresa transportista adopte todas las medidas para evitar que se produzca, y en caso de que sea inevitable que tal hecho ocurra, tener las herramientas para una inmediata recuperación, como por ejemplo el rastreo satelital y la inmediata comunicación a las autoridades policiales con quien deben estar interconectados.

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

Por tanto, se afirma que no existen dos vías: responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, sino una suma de ambos elementos, de modo que la distinción entre ellas no es útil y no puede seguir siendo mantenida. 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 XXI<sup>31</sup>.

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 sigue tal línea al consagrar en su artículo 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).

Tales criterios son la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate (con lo que parece permitirse un sistema de múltiples niveles de objetividad o subjetividad, y aún la atribución de función preventiva de la responsabilidad civil y que incluso atiende a una clasificac-

REGLERO CAMPOS (coord.), España: Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

30 MARTÍN CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi, “Responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general”, en *Derecho Privado Europeo*, Sergio Cámara Lapuente (coord.), Madrid: Colex, 2003.

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

ción realizada en el mismo documento); la peligrosidad de la actividad (con lo cual se está incluyendo directamente la noción de riesgo); la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo (con lo que se deja abierta la puerta para cualquier objetivación posible), de la previsibilidad del daño (lo que haría muchas veces inviable la alegación de la causa extraña como forma de exoneración); la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas y la disponibilidad; y el coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos (criterio eminentemente objetivo y evidentemente vinculado con la noción de riesgo)<sup>32</sup>.

No obstante lo expresado nos preguntamos: ¿existe en nuestro sistema jurídico un criterio de imputación en materia de responsabilidad contractual distinto al de la culpa? La verdad es que, aun cuando se considere como dogma el que la culpa sea el único criterio de imputación aplicable a este tipo de responsabilidad<sup>33</sup> y podamos afirmar que éste se encuentra en proceso de flexibilización, nos cuesta reconocer que no podemos apartarnos de este dogma

32 ARAMBURO CALLE, Maximiliano, "Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI", en *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, vol. 38, n.º 108, 2008, pp. 30-31.

33 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad", en *Derecho civil patrimonial*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 258.

y que la culpa sigue reinando la responsabilidad contractual.

El hecho de que en esta responsabilidad se presuma la culpa leve no nos puede llevar a considerar que se trata de una responsabilidad objetiva atenuada, porque la prueba girará siempre en torno de la culpa o la diligencia extendida y circunstanciada y no del riesgo beneficioso o riesgo profesional, criterios propios de la responsabilidad objetiva.

El hecho de que la responsabilidad civil contractual sea subjetiva, no impide sin embargo, como se viene haciendo últimamente, que se introduzcan criterios que la objetiven, o que el riesgo tenga un perfil distinto al de criterio de imputación objetiva y sea visto ahora como un elemento a tomar en cuenta en el juicio de responsabilidad subjetiva, es decir incorporado en el análisis del carácter diligente del comportamiento profesional.

## 8. La obligación de custodia *ex recepto* del transportista

Siguiendo la doctrina y legislación italiana<sup>34</sup>, de la que la nuestra es tributaria, como sabemos, en materia de contratos, se puede considerar que la obligación de custodia del transportista constituye una obligación *ex recepto*<sup>35</sup>,

34 D'AMICO, *Contribución a la teoría de la responsabilidad contractual...*, ob. cit.

35 Se consideran, además, tradicionalmente hipótesis de responsabilidad *ex recepto* en la legislación italiana, a la responsabilidad del hospedante por la destrucción, deterioro o sustracción de las cosas llevadas por el cliente al albergue, a la de los almacenes generales por

esto es, una forma particular de responsabilidad por incumplimiento que, según la opinión común, resultaría “agravada” respecto del esquema ordinario porque supone una carga probatoria más severa al deudor, a quien se le exige no solo la prueba de la diligencia, sino la prueba *positiva* del hecho que ha causado el incumplimiento.

Esta agravación de responsabilidad consiste entonces en la asignación al deudor del *riesgo de las causas “ignotas”*, de las que él respondería incluso si probase haber sido diligente<sup>36</sup>. En tal supuesto, por ello, no bastaría la demostración genérica de haber adoptado la diligencia necesaria, sino que sería necesaria la identificación concreta del evento que ha tornado imposible la prestación.

Frente a esta posición dominante en la doctrina italiana que plantea la excepcionalidad agravada de la responsabilidad *ex recepto*, se levanta otra que reconduce más bien dicha responsabilidad a las reglas ordinarias de la responsabilidad del deudor en general, pero asumiendo que, cuando el artículo 1218 del *código* (entre nosotros el artículo 1317) alude a la locución *causa no imputable*, obliga al deudor a probar los dos elementos de que esta se compone,

la conservación de la mercaderías depositadas y la del banco en relación con el servicio de cajas de seguridad, por la idoneidad y custodia de los locales y por la integridad de la caja.

36 D'AMICO, *Contribución a la teoría de la responsabilidad contractual...*, ob. cit., pp. 39-40.

esto es, primero probar la causa y luego probar la no imputabilidad.

En esta posición, en buena cuenta, la prueba de la causa no imputable equivale a la prueba del caso fortuito, de forma tal que el deudor en general siempre deberá soportar la responsabilidad de las *causas ignotas*.

Como vemos, ambas posiciones resultan coincidentes en el resultado en el sentido de la carga probatoria asignada al deudor, a quien no le será suficiente probar su diligencia como erróneamente se tiene considerado sin mayor análisis y sin prestar atención a las modernas interpretaciones formuladas sobre la noción de culpa y la prueba exigible.

El autor que estamos siguiendo da cuenta también que la jurisprudencia italiana en el caso de las obligaciones *ex recepto* del transportista, sostiene que este solo puede liberarse con la específica prueba *positiva* de que el daño fue causado por un evento ciertamente *identificado* y del todo *extraño* a sí mismo. Esto supone la necesidad de que el deudor demuestre la específica *causa* (no imputable) que le ha impedido el cumplimiento, con la consecuente atribución del riesgo de la *causa ignota* a él. Se enfatiza por eso que “será sólo luego de que el deudor haya probado la *causa* concreta del incumplimiento, que se podrá pasar a la evaluación de la diligencia por el prestada”, de este modo “la determinación de la causa sirve sustancialmente para brindar el objeto del juicio de ni imputabilidad, que en

caso contrario quedaría suspendido en el vacío, carente de un plazo material de referencia”<sup>37</sup>.

La referida doctrina, que entre nosotros ha sido asumida por el profesor FERNÁNDEZ, como ya anotamos, identifica la “objetividad” de la responsabilidad por inexecución de obligaciones con la noción de imposibilidad absoluta y objetiva de la prestación. Nos explicamos: esta postura considera que el deudor debe responder por el incumplimiento a menos que la prestación sea absoluta y objetivamente imposible, independientemente de la diligencia del deudor, quien solo podrá liberarse de su responsabilidad probando la causa extraña, esto es, el caso fortuito o la fuerza mayor.

Cabe añadir que se considera, por otro lado, que en el contrato de transporte terrestre de mercancías la obligación del transportista es de resultado, consistente este en recibir la mercancía sin daño alguno en el lugar de destino y en el plazo pactado, de forma tal que, si esto no se produce, se presume que eso constituye un incumplimiento en la medida que se presume la culpa leve.

Ahora bien, como es la opinión mayoritaria de la doctrina nacional, y sobre todo si uno es partidario de la noción amplia de diligencia que plantea como su límite a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, tal distinción de

obligación de medios y de resultado, no sería funcional.

Como vemos, el hecho de que el transportista tenga una obligación *ex recepto* implica que responderá en caso de pérdida, avería o retraso en la entrega de la mercadería, salvo que medie causa legal para que opere una exoneración de responsabilidad, tales como caso fortuito, fuerza mayor o vicio propio de la mercancía. Así las cosas, la regla es que la carga de la prueba de la exoneración de responsabilidad corresponde al transportista, por lo que, si no la demuestra, no podrá eludir su responsabilidad.

Como se anota bien, “el interés del cargador que subyace en el contrato de transporte, no se vería satisfecha con la realización del traslado de la mercaderías con la mayor prudencia y diligencia posible, sino con la consecución de un resultado (*opus*)”<sup>38</sup>. De este modo, no le basta al transportista probar su ausencia de culpa para eximirse de responsabilidad, sino que deberá acreditar la existencia de un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, es decir una causa extraña, con lo cual, antes que una exoneración de responsabilidad, estamos ante un supuesto de fractura del nexo causal.

Ahora bien, si alineamos la obligación ampliada *ex recepto* como la que re-

37 *Ibid.*, pp. 47-49.

38 FALVY BOCKOS, Dwight y SALAZAR CALDERÓN, Julio, “La responsabilidad del porteador en el contrato de transporte terrestre de mercaderías”, en *Ius et Veritas*, n.º 9, Lima: 1994, p. 191.

cae en el transportista, con la obligación de gestionar los riesgos inmanentes de su actividad empresarial, veremos que tal riesgo profesional del que hablamos líneas arriba justifica la presunción que los daños son causados por el transportador. Esta idea va en la línea de la presunción de responsabilidad de la culpa leve en la responsabilidad contractual, una culpa no identificada con la diligencia como conducta de mero esfuerzo, sino a una diligencia que equivale a la satisfacción del interés del acreedor, diligencia cuyo límite, como ha quedado anotado antes, sería la imposibilidad.

### 9. El robo al transportista en la jurisprudencia argentina

Antes de evaluar la sentencia bajo comentario, queremos dar cuenta de lo que la jurisprudencia argentina tiene señalado sobre el asalto a mano armada como eximente de responsabilidad del transportista<sup>39</sup>.

En un caso se señaló que correspondía al transportista que pretendía eximirse de la responsabilidad, la prueba del hecho que alega. La mera declaración del chofer del camión, en ese sentido, no es suficiente para acreditar el caso fortuito consistente en el robo a mano armada de la mercadería transportada.

En otro caso, se enfatizó que ante tal evento delictivo, el transportista solo podrá exonerarse de responsabilidad si

prueba, en forma plena y concluyente, que tal hecho constituyó un acontecimiento imprevisible, irresistible e inevitable; de modo que la eximente del caso fortuito o fuerza mayor no podrá operar en caso de que la empresa porteadora no hubiese empleado todas las diligencias y medios practicados por las personas en el cumplimiento de sus deberes.

Reconociendo al robo como un evento previsible típico de la actividad del transportador, en otro caso se sostuvo que independientemente de las contradicciones en las que incurrió el chofer del camión siniestrado en sus declaraciones en sede penal y en sede civil, del recorrido que, efectivamente, hubiera realizado este previo a su ingreso al depósito fiscal y de la falta de coincidencia con los demás testimonios obrantes en autos, lo cierto es que ha quedado demostrado que el transportista no adoptó las medidas de seguridad correspondientes a fin de evitar un hecho lamentablemente previsible en la actualidad y el cual debió —prácticamente— computarse como un riesgo propio de la actividad. De este modo, se califica el obrar del transportista como no diligente, al llevar su carga valiosa sin custodia especial, con un solo chofer y con un recorrido en el que podía ser previsible el asalto.

En otra sentencia incidiendo en la condición de empresario del transportador y su responsabilidad profesional, se consideró que, en el juicio de ella, debe ponderarse la aptitud de los elementos

39 Sentencias resumidas por LÓPEZ SAAVEDRA, Armando, Esnaola & VIDAL RAFFO, disponible en <[goo.gl/fp33N4](http://fp33N4)>.

organizados por el empresario para el eficaz cumplimiento de la prestación, para la cual ha sido contratado y a la obligación de custodia asumida que hace al cumplimiento de su actividad.

Asimismo, se reconoce que la frecuencia de los robos de mercaderías transportadas por vía terrestre perpetrados por bandas delictivas organizadas, impide considerar tales eventos como imprevisibles, sino que más bien impone al transportador el empleo de todos los medios necesarios para impedirlos. En consecuencia, las deficiencias de seguridad que facilitan la consumación de un robo no pueden liberar de responsabilidad a la empresa acarreadora, bajo el amparo del carácter irresistible de la agresión, pues ellas importan la concurrencia de una culpa inicial del empresario que asumió una obligación que no podía cumplir.

Finalmente, resaltando la obligación de custodia propio de las obligaciones *ex recepto*, se sanciona al transportador por el incumplimiento de tal deber que pesa sobre él y que le exigía la demostración de que fue suficientemente diligente para evitar los perjuicios y de que tomó las medidas de prevención para impedir incluso el efecto de una fuerza mayor como el robo, lo que en el caso no pudo acreditar.

## 10. Crítica de la sentencia

No vamos a tener en cuenta del caso el que la compañía de seguros haya dado cobertura al siniestro del robo, como

uno de los motivos para no amparar la demanda, como fue considerado en la sentencia de primera instancia. No se especifica, además, si esta compañía fue contratada por el transportista o por el acreedor de la mercadería.

Una primera crítica a la sentencia casatoria aplicable también a las de mérito es que se remiten directamente a la noción de culpa inexcusable como lo determinante para hallar la responsabilidad del transportista. Es decir, no se da relevancia a la culpa leve como el *statu quo*, que obliga tanto a uno como al otro, a tener que probar la causa extraña de un lado y la negligencia grave del otro. Tal vez el propósito del demandante era conseguir que el resarcimiento abarque no solo los daños previsibles al momento de la suscripción del contrato, sino también a los no previsibles.

El hecho es que sobre la presunción de culpa leve ninguna de las sentencias se ocupa como si ella no bastara para imputar responsabilidad en el transportista. Esto es un error porque, como sabemos, semejante culpa sí califica suficientemente como criterio de imputación válido para la responsabilidad civil.

Una segunda crítica a la sentencia muy vinculada a la anterior, es que no se atiende a la responsabilidad profesional del transportador, como si tal condición de profesional, no fuese digna de tomarse en cuenta. De lo expuesto en las líneas precedentes podemos ver que sí es muy importante reconocer si en el caso nos encontramos ante un proveedor o

prestador de servicios profesional, pues ello nos permitirá evaluar el grado de diligencia exigible al deudor.

Una tercera crítica está referida a la no consideración tampoco de la condición de empresa del transportista en el marco de la relación contractual. Tener en cuenta tal condición, como lo exige la moderna tendencia de la responsabilidad civil, hubiera permitido apreciar que ella estaba en mejores condiciones de precaver los riesgos que se presentan en su actividad, riesgos como precisamente lo constituyen los robos de mercaderías en la carretera, riesgo que mereció ser gestionado, asegurándolo y trasladando en la tarifa de sus servicios al acreedor, la prima respectiva.

Dicha noción de riesgo de empresa no fue analizada en la sentencia, acusando ella en este aspecto una visión clásica de la culpa como único criterio de imputación. No decimos que no lo sea, pero desde esa noción clásica ha pasado mucho tiempo, y de ella hemos hablado antes. En efecto, el riesgo es una noción que no solo debe estar operativa en los supuestos de actividades riesgos o peligrosas, sino en todo el ámbito de la responsabilidad civil, como un elemento que incide en la valoración de la diligencia del agente.

En este caso, estamos hablando de una empresa transportista cuya actividad profesional supone actuar con pericia en el cumplimiento de sus obligaciones, encontrándose dentro de ellas, la de gestionar los riesgos típicos de la actividad.

Por eso nos preguntamos al inicio de este trabajo si el robo de mercaderías en las carreteras constituía un riesgo típico de la actividad del transportador dada la casuística y la estadística de este tipo de delitos, a las que los jueces tienen que echar mano para resolver mejor los casos, es decir, procurar el “conocimiento conjunto de la realidad” de la que el derecho no debe apartarse.

En la sentencia no se apreció tal condición de empresario del deudor ni los riesgos típicos de la actividad. Se limitó ella a verificar la probanza o improbanza de la culpa inexcusable del deudor, y al no poder ser cumplida ella aparentemente por el acreedor, estimó que no procedía reparación alguna, no sin antes considerar de modo general que el robo de mercaderías constituía un supuesto de fuerza mayor.

Otra crítica a esta sentencia es que no se consideró que el verdadero alcance de la obligación de custodia *ex recepto* del transportista, era la satisfacción del interés del acreedor consistente en la entrega de la mercadería en sus almacenes, sin importar la conducta que para ello desarrolle el deudor, con lo cual pesaba sobre él una responsabilidad profesional agravada.

En la línea de la crítica anterior, tampoco tomó en cuenta la sentencia, la noción moderna y actual en que ha devenido el concepto de diligencia para la doctrina italiana recogida por el profesor Gastón FERNÁNDEZ, según la cual la diligencia se agota con la imposibilidad,

lo cual hubiera impuesto sobre el deudor la carga de la prueba *positiva* del evento extraño al deudor, quien, solo podía quedar liberado de su responsabilidad si probaba el caso fortuito o la fuerza mayor, es decir, el evento, extraordinario, imprevisible e irresistible<sup>40</sup>.

La Corte Suprema, asumiendo la visión clásica y restringida de diligencia, consideró que la prueba de la causa extraña (fuerza mayor), bajo cuya noción encontraba *a priori* al robo, no estaba a cargo del deudor (quien solo debía probar su diligencia), sino que correspondía al acreedor damnificado descartar que se haya producido tal evento.

Con semejante decisión, la Corte Suprema en vez de presumir la culpa leve (y suficiente para fundar la responsabilidad), presumió al robo como supuesto de fuerza mayor, imponiendo al acreedor damnificado, la probanza de una innecesaria culpa inexcusable y de que tal robo, en realidad, no era un supuesto de fuerza mayor.

En efecto, la sentencia consideró que el robo ocurrido en el camino con destino a los almacenes del acreedor, constituía un supuesto de fuerza mayor,

porque a su juicio, no podía ser previsto por el demandante, estaba fuera de su control razonable, además no había forma de poder evitarlo porque la acción delictual es siempre un acto inesperado, sorpresivo e imprevisto. Se llega a esta conclusión también porque se considera que la imputación de negligencia grave consistente en no cumplir las medidas de seguridad para evitar el robo, no fue probada.

Si nos atenemos a la noción de riesgo tratada en las líneas anteriores, ya que el robo es un riesgo típico de la actividad de la empresa de transportes, podremos concluir que no es correcto presumir *a priori* que tal evento es un supuesto de fuerza mayor, sino que es menester partir de la presunción de la suficiencia de culpa leve para fundar la responsabilidad civil, máxime tratándose de la responsabilidad agravada de una empresa profesional como lo es la transportista, obligación de custodia que determina una responsabilidad cuya única exoneración debe ser la prueba *positiva* del caso fortuito o fuerza mayor por parte del deudor.

Consideramos que dependiendo del caso concreto, un evento de robo de mercaderías al transportador puede ser considerado fuerza mayor. No debe presumirse que siempre lo es, sino que se tiene que apreciar si tal evento era extraordinario, y en este caso consideramos, por la experiencia de su ocurrencia, que el robo es un evento ordinario, bastante común en la actividad del transportador.

40 Respecto de la exigencia copulativa de estos eventos, el profesor LEYSER LEÓN considera que ella no es correcta dado que lo “decisivo es que en el caso concreto se presenten circunstancias suficientemente determinantes del incumplimiento a la que se pueda reconocer con rigurosidad el efecto liberatorio”. LEÓN HILARIO, Leyser, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 3.<sup>er</sup> ed. corregida y aumentada, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 879.

Se debe verificar si dicho evento es previsible, y en este caso podemos afirmar que sí lo es dada la frecuencia de su ocurrencia. Lo que no se puede prever es el momento en que se ejecutará el robo, pero el conocimiento frecuente de su ocurrencia, supone que la empresa transportista adopte todas las medidas para evitar que se produzca, y en caso de que sea inevitable que tal hecho ocurra, tener las herramientas para una inmediata recuperación, como por ejemplo el rastreo satelital y la inmediata comunicación a las autoridades policiales con quien deben estar interconectados.

Es posible que, por el empleo de una amplia superioridad de la fuerza delictiva, el robo no pueda ser resistido para no poner en riesgo la vida e integridad del transportador, sin embargo, aun así, las medidas de prevención apenas referidas pueden ayudar para que no se pierda la mercadería.

La Corte, en este caso, no hizo un cabal análisis de las características de la fuerza mayor, presumiendo erróneamente en buena cuenta que un robo siempre es un supuesto de tal evento.

## 11. Referencias bibliográficas

- ALPA, Guido, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, traducción de Juan Espinoza, Lima: Gaceta Jurídica, 2001.
- ARAMBURO CALLE, Maximiliano, “Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI”, en *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, vol. 38, n.º 108, 2008.
- CAMPOS BERMUDEZ, José A., “La responsabilidad civil de los bancos por la indebida gestión de los riesgos de su actividad”, en *Actualidad Civil*, vol. 25, Lima: Instituto Pacífico, 2016.
- CAVANILLAS Múgica, Santiago, *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona: Aranzadi, 1987.
- CEPAL, “Seguridad en la operación del transporte de carga carretero”, boletín FAL, edición n.º 285, n.º 5, 2010. Recuperado de < goo.gl/CA1d4K>.
- COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- D’AMICO, Giovanni, *Contribución a la teoría de la responsabilidad contractual. Contribución a la teoría de la responsabilidad contractual. La responsabilidad ex recepto y la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado*, Lima: Legales Instituto, 2015.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El Derecho Civil ante la Post-Modernidad”, en *Derecho*, Lima, n.º 45, 1991.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, España: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- FALVY BOCKOS, Dwight y Julio SALAZAR CALDERON, “La responsabilidad del porteador en el contrato de transporte terrestre de mercaderías”, en *Ius et Veritas*, año v, n.º 9, Lima: 1994.
- FAVALE, Rocco, “La responsabilidad profesional del abogado en Italia”, en *Actualidad Civil*, n.º 18, Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)”, en *Themis*, n.º 50, Lima: 2005.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias”, en *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo TABOADA CÓRDOVA*, Lima: Grijley, 2004
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual:

- la división de sistemas y la previsibilidad”, en *Derecho civil patrimonial*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997.
- FRANZONI, Massimo, “La evolución de la Responsabilidad a partir del análisis de sus funciones”, en *Responsabilidad civil contemporánea*, Lima: Ara Editores, 2009.
- GHERSI, Carlos, *Responsabilidad profesional*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.
- KUBICA, María Lubomira, *El riesgo y la responsabilidad objetiva*, tesis para obtener el grado de doctor, Universitat de Girona, 2015. Recuperado de <goo.gl/J5o9Cu>.
- LEÓN HILARIO, Leysser, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 3.ª ed. corregida y aumentada, Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- MARTÍN CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi, “Responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general”, en *Derecho Privado Europeo*, Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), Madrid: Colex, 2003.
- MEDINA ALCOZ, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid: Dykinson, 2003.
- 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.
- REGLERO CAMPOS, Fernando, “Los sistemas de responsabilidad civil”, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I: parte general, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), España: Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad civil de los profesionales*. Lima: Ara Editores, 2002. 