

La Responsabilidad Civil en el Perú: avances, críticas y asuntos pendientes^(*)



JAIRO CIEZA MORA

Abogado y magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Profesor de Derecho Privado en posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Profesor de Derecho Privado en pregrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Antonio Ruiz de Montoya.
Investigador del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA

Abogado y magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima.
Árbitro adscrito a la Cámara de Comercio de Lima.

GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA

Abogado y magíster en Derecho Civil por la Universidad San Martín de Porres.
Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima.



(*) *ADVOCATUS* agradece a su Miembro Asociado María Fernanda de la Puente Rizo Patrón y a Francisco José Berdejo Muñiz, Director del Comité Editorial de la Revista, por su contribución en la elaboración de las preguntas de la presente mesa redonda.

RESUMEN:

ADVOCATUS tuvo la oportunidad de entrevistar a tres abogados peruanos de gran trayectoria para que nos compartan sus reflexiones sobre la Responsabilidad Civil en nuestro marco normativo.

ABSTRACT:

ADVOCATUS had the opportunity to interview three Peruvian lawyers of great experience to share their insight on Tort Law in our legal framework.

1. **¿Cuál cree que ha sido el mayor logro en el desarrollo de la Responsabilidad Civil en el Perú? ¿Su aplicación judicial, la adaptación de figuras anglosajonas, o algún otro que considere usted?**

Jairo Cieza Mora (JC): Yo creo que el mayor logro en la figura de la Responsabilidad Civil, si hubiese que escoger alguno, es de alguna manera la internalización por parte de los sujetos de derecho —me refiero a jueces, abogados, árbitros— de algunas tendencias o algunos conocimientos más profundos de la legislación y la doctrina comparada. Estoy hablando de la asimilación, sobre todo, de la academia peruana, de las tendencias del sistema de Responsabilidad Civil italiano, de las tendencias contemporáneas en materia de Responsabilidad Civil francesa y también de las tendencias en materia de Responsabilidad Civil germánicas. Si yo tuviese que rescatar eso sería que algún sector, minoritario es cierto, de la academia ha podido rescatar figuras del derecho continental europeo, u otro sector ha podido rescatar figuras en materia de Responsabilidad Civil del derecho anglosajón —el Derecho del *Common Law*—. Este enriquecimiento a través de la casuística norteamericana, a través de los *leading case* o a través de una serie de aportes que durante décadas ha hecho la jurisprudencia y doctrina italiana, así como recientemente y con más ímpetu la jurisprudencia y doctrina francesa, me parece lo más relevante en materia de incorporación de la Responsabilidad Civil y por supuesto también la jurisprudencia y doctrina latinoamericana, particularmente la doctrina brasilera y su referente en el derecho europeo, la doctrina portuguesa. Así que si me preguntas que es lo más resaltante en la Responsabilidad Civil yo creo que es esta incorporación/

asimilación de las formas de entender la Responsabilidad Civil en Europa, en el derecho anglosajón, y en América Latina.

Marco Antonio Ortega Piana (MO): Partiendo de la premisa que estamos en la vertiente extracontractual de la Responsabilidad Civil, estimo que el mayor logro es haberse priorizado la función reparatoria del sistema, proceso que se ha extendido en el tiempo y que se evidencia inclusive en una reformulación de diversas normas legales. Así, la adopción formal de la imputación objetiva o por riesgo creado —actual artículo 1970 del Código Civil de 1984— se adscribe a un movimiento jurisdiccional en nuestro medio que, en los hechos, adoptó dicho criterio, aplicándolo a ciertas actividades, pese a que el Código Civil de 1936, por sus antecedentes y formación, fue un cuerpo normativo subjetivo que demandaba necesariamente de culpa para atribuir responsabilidad. Conforme a ello, dado que el sistema de atribución subjetivo permite que, probándose la ausencia de culpa o el quebrantamiento causal, el imputado no asuma, finalmente, responsabilidad, resulta mucho más favorable para el damnificado que la atribución se realice por el solo hecho de haberse realizado determinada conducta o actividad, de manera que no es liberatoria la prueba de la diligencia, más si la fractura causal por evidente razón. Asimismo, la regulación de la responsabilidad del representante legal y del principal, se ha simplificado sensiblemente, acogiéndose el régimen de responsabilidad por “hecho ajeno” y no por “hecho propio”, habiéndose dejado de considerar a la culpa como el único criterio para atribuir responsabilidad, de manera que en un interesante sinceramiento del sistema, se admite que la Responsabilidad Civil exigible al repre-

sentante legal y al principal corresponde a la de un tercero civilmente responsable, por mandato legal, responsabilidad refleja u objetiva, porque la responsabilidad del causante se replica automáticamente con la generación —legal— de un segundo responsable, quien no podrá eximirse de la carga indemnizatoria invocando diligencia —como es lo propio en el régimen de culpa—. Dentro de dicha perspectiva podría considerarse que la inclusión de la categoría “daño a la persona” representa también un logro, y lo he escuchado en más de una oportunidad; empero, por los antecedentes de dicha inclusión, por la circunstancia que la problemática extranjera de reconocimiento del daño moral ha sido ajena a nuestra conceptualización del daño moral y, por el hecho que un Código Civil no puede ser leído, menos aplicado, textualmente, estimo que hubiese sido suficiente mantener la mención al daño moral, en sentido lato, desde luego, ya que ese daño moral no es sino el daño a la persona, a una entidad extrapatrimonial.

Ahora bien, cabría cuestionarse si representa o no un mayor logro la pretendida aplicación o adaptación de figuras del derecho anglosajón, lo cual es una práctica de uso cada vez más recurrente, sobre todo en procesos arbitrales, en el ámbito del derecho civil patrimonial. El derecho como disciplina busca finalmente ordenar la convivencia social, debiendo ser su aplicación predecible y enmarcada en los valores comúnmente aceptados; conforme a ello, en la medida que tales figuras sean útiles para lograr una mejor aplicación de nuestras normas jurídicas, en un contexto como el actual de mayor difusión del derecho comparado, no debería haber impedimento ni rechazo para estimar en lo que resulten pertinentes dichas figuras del derecho anglosajón, muchas de ellas generadas y estimadas en contextos económicos distintos. Conforme a ello, el uso de tales figuras o los conceptos que hay detrás de ellas, pueden ilustrar, por ejemplo, sobre criterios a considerar para la estimación de daños, ante la parquedad de nuestra legislación. Creo que en derecho no hay verdades escritas sobre piedra, por lo que no deberíamos rechazar aquello que desconocemos o que sea propio de otros sistemas legales; debemos informarnos y rescatar lo que sea finalmente útil.

Gustavo Enrique Montero Ordinola (GM): Me parece que hay algunas variables que debemos considerar. Por ejemplo, veo un logro en la necesidad de reconocer los elementos de la responsabilidad en el análisis adecuado de un caso, sobre todo, como suele suceder, si se torna complejo por las múltiples causas que pueden explicar el daño y, por ende, la identificación de quien deba asumir la responsabilidad. En muchos casos la aplicación judicial peca de defectuosa al alejarse precisamente de un estudio detallado y correcto de esos elementos, pero, por lo menos, es meritorio que en las sentencias busque el plano concreto para encontrar la teoría que mejor armonice el nexo causal entre la acción y el daño, aspecto sensible en el tema.

2. De Trazegnies postuló un sistema de Responsabilidad Civil objetivo para el Código de 1984, el cuál finalmente fue rechazado y se optó por un sistema mixto. Al respecto, ¿cuál sistema considera que hubiera sido mejor adoptar y por qué? ¿Hay alguna experiencia comparada en la que dicho sistema ha sido un éxito?

JC: Si, efectivamente el Dr. Fernando de Trazegnies fue el ponente del libro de Responsabilidad Civil extracontractual del Código Civil. Entonces, este trabajo del profesor Fernando de Trazegnies, que realizó en los años 80 —hasta antes de la dación del Código Civil de 1984—, ha sido muy importante. Los dos tomos de Responsabilidad Civil extracontractual del profesor de Trazegnies son un referente obligatorio y, efectivamente, el profesor de Trazegnies incorpora tanto en el artículo 1969 del Código Civil como en el artículo 1970 del Código Civil dos tipos de Responsabilidad Civil extracontractual en cuanto a las actuales atribuciones. En el primer caso incorpora el dolo o la culpa cuando el artículo 1969 del Código Civil. Señala que cualquier acto dañoso generado por dolo o culpa debe ser indemnizado, entonces eso es un tipo de Responsabilidad Civil de carácter subjetivo porque centraliza el dolo y la culpa ante cualquier acto dañoso y este acto dañoso tiene que ser indemnizado en concreto: “*Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. (...)*”. A continuación, en el segundo párrafo el

artículo 1969 establece que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor, es decir hay una inversión de la carga de la prueba que acoge nuestro Código Civil. Me parece que eso no fue incorporado por el profesor de Trazegnies, eso, me parece, es una incorporación de la comisión revisora del Código Civil. En cuanto a la responsabilidad objetiva propuesta por el profesor de Trazegnies que señala el artículo 1970 del Código Civil se establece que aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso o mediante una actividad riesgosa o peligrosa genera un daño a otro está obligado a indemnizarlo. Es ahí donde incorpora el profesor de Trazegnies el factor de atribución objetivo en donde la actividad riesgosa o el bien riesgoso o peligroso se comportan como un instrumento legal para aquellos actos que pueden ser peligrosos o riesgosos o para aquellas actividades o bienes que pueden ser riesgosos o peligrosos. Este es un aporte del profesor de Trazegnies al amparo de una serie de criterios, pero quiero resaltar en particular el aporte del análisis económico del derecho que fue traído al Perú por el profesor de Trazegnies en la década de los ochentas. Uno puede revisar en su tratado de Responsabilidad Civil referencias muy importantes al factor de atribución objetivo, en particular de una serie de autores norteamericanos. Uno de ellos por supuesto muy citado por el profesor de Trazegnies el profesor Guido Calabresi, norteamericano, profesor de la Universidad de Chicago en el cual trabaja y desarrolla su tesis basada en un libro de los años setenta en el derecho norteamericano el costo de los accidentes. Entonces de Trazegnies descubre para el sistema jurídico peruano algo que se venía desarrollando desde los años setenta en los Estados Unidos e involucra el costo de los accidentes o los llamados costos primarios, secundarios o terciarios que no son otra cosa que, en el caso de los costos primarios, costos referidos a la propia indemnización. En los llamados costos secundarios los costos que se refieren a aquellos actos generados por el sujeto dañante que tienen que ser internalizados por el sujeto dañado y en los costos terciarios los referidos a los costos derivados de procesos judiciales o procedimientos administrativos. Entonces estos costos, primarios, secundarios o terciarios son motivo de análisis por parte del profesor de Trazegnies,

tomando como referencia a autores norteamericanos que los cita en su libro de Responsabilidad Civil extracontractual como es el caso del profesor, reitero, Calabresi, o es el caso del profesor Richard Posner, o es el caso del profesor Becker, o es el caso del profesor Krugman, o es el caso del profesor Cous en el caso del análisis económico del derecho. Entonces yo creo que el profesor de Trazegnies incorpora el tema del factor de atribución objetivo que es muy importante para la solución a los problemas de las víctimas cuando no existía una relación obligacional previa, es decir, cuando no ha habido contrato entre el agente dañante y el agente dañado entonces es un aporte fundamental que, aunque nuestro sistema de Responsabilidad Civil no es puramente objetivo, el sistema de Responsabilidad Civil peruano es semi objetivo porque incorpora criterios de fracturas causales como pueden ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho propio de la víctima o la solución voluntaria del riesgo o el hecho determinante de un tercero que se encuentran regulados en el artículo 1972 del Código Civil así que yo creo que esta incorporación del factor de atribución objetivo para los supuesto de actividades riesgosas o bienes riesgosos o peligrosos es un elemento en favor de la víctima cuando la actividad tecnológica ya se ha venido desarrollando de una manera importante que permite de alguna manera internalizar los costos de los accidentes que me parece que este es un tema central en el aporte del profesor de Trazegnies y me parece que en cuanto a factor de atribución deben mantenerse los dos factores de atribución. Tanto el factor de atribución subjetivo regulado en el 1969 como el factor de atribución objetivo regulado en el 1970. A partir de esta diferenciación y resaltando la permanencia del factor de atribución objetivo se han dado una serie de nuevas formas de responsabilidad objetiva, me refiero a la Responsabilidad Civil de los daños causados por animales, la Responsabilidad Civil de los daños causados por las cosas, la Responsabilidad Civil de los daños causados por los terceros a cargo de un principal, la Responsabilidad Civil de los daños causados por los seguros es una serie de temas que Responsabilidad Civil cuyo factor de atribución es el objetivo.

MO: Sin conciencia social lo que exprese una

ley puede ser simplemente letra muerta. Las normas legales deben partir de la realidad y reconocer lo que son las tradiciones jurídicas; en cualquier caso, si corresponde cambiar lo que se estima obsoleto o, en terminología económica, ineficiente, debe divulgarse suficientemente la respectiva propuesta para persuadir de su conveniencia y utilidad, de manera que se genere el consenso indispensable para que la nueva regulación sea efectivamente aplicada en la representación de los distintos actores de lo jurídico.

La noción de culpa, en sentido lato, está enraizada en nuestra tradición jurídico cultural, por lo que estructurar un sistema de Responsabilidad Civil que la obvie, que prescindiera totalmente de ella, me parece una ilusión. Conforme a ello, estimo que el actual sistema dual en atribución de Responsabilidad Civil extracontractual resulta muy conveniente porque cada uno de los criterios de imputación se podrá aplicar de acuerdo a las circunstancias, al carecerse, por ejemplo, de una definición legal sobre qué se entiende por actividades riesgosas y peligrosas, ello quedará sujeto a un buen criterio jurisdiccional. Sin embargo, antes que en las normas debemos preocuparnos por los aplicadores de las normas, por lo que resulta fundamental que la función jurisdiccional se una predecible, que se consensúen ciertas interpretaciones sobre los alcances de la ley, de manera que sea representable cuándo corresponde a aplicar la imputación subjetiva por culpa y cuándo la objetiva por riesgo creado.

Un sistema que sea exclusivamente de atribución objetiva podría derivar que, en determinados casos, el juicio de Responsabilidad Civil genere una segunda víctima, ya que el responsable de no poder invocar una fractura causal, tendría que asumir el costo reparatorio y puede ser que carezca de los mecanismos para trasladarlo, siendo insuficiente sus activos patrimoniales para soportar el pago correspondiente. Estimo firmemente que el criterio de atribución objetivo o por riesgo creado está, y debe estar, asociado a eventos dañosos derivados de una actividad socialmente relevante generadora de daño potencial, de allí que sea pertinente la difusión social del costo, ya que interesa finalmente reparar.

GM: Considero que De Trazegnies no postuló un sistema en el que se reconociera exclusivamente la responsabilidad objetiva, pero al tener como antecedente el Código de 1936 que se refería a la culpa como único criterio de imputación, pensó que la primera no debía estar ausente por varias razones, entre las que contamos la aparición de nuevos daños como consecuencia del desarrollo tecnológico, la dificultad en la prueba de la culpa y la presencia de factores de riesgo que trajeran consigo daños cuya atribución no podía encajarse en la culpa. Pienso que es factible un sistema que acoja ambos tipos y así se advierte en la propuesta de enmiendas al Código Civil efectuada por la reciente Comisión nombrada por el Ministerio de Justicia en el caso de la Responsabilidad Extracontractual, aunque para la Inejecución de Obligaciones se haya esté considerando un sistema claramente objetivo.

3. ¿Considera que para calcular una reparación debería aplicarse criterios homogéneos o resultaría mejor utilizar algún criterio de la experiencia comparada?

JC: Yo creo que lo ideal sería que se utilicen criterios homogéneos, como por ejemplo los baremos, los criterios tabulares que hay en algunos sistemas en particular aquellos mencionados por el profesor Juan Espinoza en su libro sobre Responsabilidad Civil que él fue uno de los primeros que trae al Perú la experiencia jurídica italiana en cuanto a la calificación de los daños entonces este sistema, me refiero a los sistemas de baremos o los sistemas tabulares me parece a mí una experiencia importante que debería ser tomada en el Perú, a diferencia de los sistemas del derecho europeo por ejemplo el caso español o el caso italiano, en el caso peruano no podría ser esto analizado desde nuestra jurisprudencia porque nosotros no tenemos jurisprudencia homogénea, una jurisprudencia de alguna manera ordenada en materia de cuantificación de daños así que desde esta perspectiva me parece que el criterio debe ser uno que venga desde la doctrina, desde la academia y no desde la jurisprudencia que en el caso peruano es completamente desordenada, completamente anárquica y completamente heterogénea así que por ese lado no viene a ser, a diferencia del caso italiano

en donde como ya lo probó el profesor Espinoza la jurisprudencia si dialoga entre sí y han construido una serie de criterios para cuantificar los daños a través de métodos como por ejemplo el método genovés, o el método "bizano" llamado también el método de cálculo a punto entonces hay formas de establecer criterios para cuantificar los daños no patrimoniales o daños personales en el caso italiano que parten de la jurisprudencia que son recogidos por los jueces que han de alguna manera conversado entre ellos y han homogeneizado las indemnizaciones en cuanto a su cuantificación. En el caso peruano esto es distinto ha habido propuestas que parten desde referentes objetivos como el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito-SOAT o referentes como los sistemas de seguros o la cuantificación tomando como referencia las primas de seguros en el caso peruano. Eso es muy amplio de conversar, pero yo creo que lo principal en el caso peruano no es la jurisprudencia sino son los criterios que van a partir de las propuestas de las universidades.

MO: Hay daños y daños, y en función a su entidad se subordina el criterio a adoptar para su reparación, de ser posible esta última. Tratándose de daños patrimoniales, no debería haber mayor problema en considerar valores de mercado respecto a lo que es daño emergente por la pérdida de bienes, pero bien podríamos tener en consideración los criterios que se manejan en el derecho comparado para estimar el lucro cesante, sobre todo cuando se ingresa al campo de los daños imprevisibles. Hay que ser cauto y prudente para evitar que una indemnización termine beneficiando al damnificado en mayor medida de lo que le corresponda. Y tratándose de los daños extrapatrimoniales, o del daño a la persona en general, para evitar reconocimientos desmedidos, específicamente impredecibles, lo más probable sea considerar alguna referencia cierta, pudiendo adoptar un sistema como el de baremos, con un margen de maniobra jurisdiccional, de acuerdo a las circunstancias del caso en particular. En nuestro medio, hace ya un buen tiempo que se propuso, tratándose, por ejemplo, de los efectos extrapatrimoniales del daño corporal, adoptar un criterio predecible, como podría ser el que se emplea por las aseguradoras

o conforme a la legislación sobre accidentes de trabajo. En cualquier caso, se acoja o no dicho planteamiento, pueden servir como referencia los criterios empleados en la experiencia jurisdiccional comparada o en tribunales internacionales, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

GM: La Responsabilidad Civil como sistema es reciente. Así lo advirtió De Trazegnies y en correspondencia con esa idea se debe reconocer que está en pleno desarrollo doctrinario y judicial. Por ello encontramos tendencias que se van superando a la par que la realidad se muestre sensible a los cambios de un extraordinario desarrollo en todos los ámbitos que involucra el actuar humano. Un punto sensible y controversial es el cálculo de la reparación, sobre todo en los daños cuya cuantificación económica se torna imposible de determinar. Sería preferible contar con criterios homogéneos que son también difíciles de lograr. La experiencia comparada es útil y siempre nos hemos nutrido de ella. Su debilidad se halla en que muchas veces o no se entiende debidamente o no se condice con nuestra realidad y terminamos apelando a fórmulas que poca relación tienen con nuestro país.

4. Respecto a la pregunta anterior, ¿Cree usted que existe una tendencia por parte de nuestros jueces y árbitros por adoptar criterios anglosajones en materia de Responsabilidad Civil para su aplicación en el sistema peruano?

JC: Yo creo que hay una aproximación pero muy limitada por algunos pocos jueces, yo diría que casi ninguno, y por ahí si con mayor amplitud en el caso de los árbitros para tener los criterios de cuantificación de daños en materia de Responsabilidad Civil particularmente aquellos que tienen una influencia importante del *Common Law* o aquellos que tienen una influencia importante del derecho anglosajón y que siguen una tendencia o un análisis de los *leading case* o de los casos más relevantes o casos más importantes que sirven de referencia al sistema anglosajón para tomar decisiones a partir de los llamados *restatements* es decir aquellos conglomerados de casos o jurisprudencia que tienen una de-

terminada tendencia y que son sistematizados en los sistemas jurídicos norteamericanos. Otro tema importante del derecho norteamericano que ha sido ya de alguna manera asimilado por el propio derecho del *Common Law* son los llamados daños punitivos. En el caso de los llamados daños punitivos ahí si hay una influencia muy importante del sistema norteamericano y que ha sido acogido por un sector muy pequeño de la academia peruana y de la academia del derecho europeo entonces a partir de esos criterios de la jurisprudencia y de los llamados daños punitivos creo que si se puede internalizar esto democratizando un poco el estudio de los casos norteamericanos y de la casuística norteamericana entonces yo creo que si es importante y relevante conocer no solamente la casuística norteamericana aplicable al caso peruano en particular en cuanto a los daños punitivos para mencionar un tema pero también de la dogmática y la jurisprudencia y la doctrina del derecho continental.

MO: No me siento en aptitud de afirmarlo o negarlo, ello demandaría de una seria investigación y un muestreo relevante; no obstante, de los casos judiciales que tengo conocimiento, no aprecio esa situación, por el contrario, el enfoque es bastante limitado.

GM: No creo que la adopción de criterios anglosajones por parte de algunos tribunales suponga una tendencia. He señalado que la recurrencia, cada vez más frecuente a determinadas teorías, es propia de un sistema en progreso. Lo que se debe remarcar es la prudencia para abordar criterios de un sistema anglosajón claramente distinto al nuestro. Vemos como en un pleno los vocales supremos han adoptado en materia laboral los daños punitivos de raigambre claramente anglosajona para los despidos fraudulentos e incausados con el argumento que constituyen una pena privada al igual que el resarcimiento del daño moral y, como este último está reconocido en el ámbito legal, también debieran estar los primeros.

5. **Surgieron controversias cuando se postuló una acción directa contra las empresas aseguradoras, la cual conllevaba solida-**

idad. ¿Considera que fue correcto este planteamiento? ¿Cree que se está aplicando correctamente?

JC: Yo creo que en el caso del artículo 1987 del Código Civil que es el que se refiere a los seguros es un tipo de Responsabilidad Civil objetiva por la cual el asegurador responde por los daños causados y perjuicios generados por el asegurado frente a un tercero, eso es lo que señala el artículo 1987 del Código Civil y me parece correcto lo que señalaba. En su momento al inicio de los años 80 hubo una especie de pánico por parte de las compañías aseguradoras porque creían que la compañía aseguradora iba a resarcir doblemente, es decir que iba a resarcir por el monto establecido como máximo en el seguro pero aparte iba a tener que resarcir solidariamente con el sujeto dañante, con el otro sujeto asegurado, iba a tener que indemnizar los montos que iban más allá de la cobertura del seguro, pero eso es algo que se ha disipado, algo que no tiene sentido y ya la jurisprudencia peruana ha sido clara al respecto, es decir solamente se responde por los daños y perjuicios de alguna manera que han sido materia del contrato de seguro, nada más allá que eso y eso lo ha demostrado la casuística en el caso peruano así que no hay ningún riesgo, es un buen aporte del profesor de Trazegnies el artículo 1987 del Código Civil y por lo tanto quien va a responder son solamente las compañías de seguro hasta por el monto establecido en la póliza, nada más y aquellos montos que vayan más allá de la póliza prevista tienen que ser probados o acreditados mediante los elementos de la Responsabilidad Civil, sean mediante el criterio de la imputabilidad, la antijuridicidad o ilicitud, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución. Eso es en cuanto aquello que desborda la cobertura del seguro así que no creo que haya ningún inconveniente.

MO: Más allá que sean absolutamente opinables los alcances del artículo 1987 del Código Civil, debemos destacar que, tomando en consideración esa moderna prevalencia de la función reparatoria y siguiendo una línea interpretativa que proviene del derecho comparado, con fuerte influencia francesa, es comprensible que se sacrifiquen algunos conceptos y se haya adopta-

do finalmente el régimen de la acción directa del damnificado contra la aseguradora del responsable, dejándose de lado la acción subrogatoria que es la que correspondería ejercer. El problema, no obstante, radica en la solidaridad que se representó el legislador civil, solidaridad que está fuera de todo contexto, es forzada, es postiza, ya que la aseguradora no es responsable del daño extracontractual, sino que la ley de manera excepcional ha establecido que es pasible de una acción directa del damnificado, de manera que lo cobrada sea imputado a la indemnización debida por el responsable, el asegurado. La solidaridad presupone pluralidad de deudores, o acreedores, en el marco de una misma relación obligacional. En este caso, no hay tal pluralidad, ya que la aseguradora no es causante, no es responsable, no es un tercero civilmente responsable, sino que mantiene un adeudo con el asegurado como consecuencia que le resulta exigible Responsabilidad Civil extracontractual, activándose con ello la cobertura en favor del asegurado, tal como se define en los correspondientes términos y condiciones de la póliza. No interesa si se trata de una solidaridad legal, porque la aseguradora no es una codeudora.

Se ha destacado en más de una oportunidad que la solidaridad en cuestión ha generado más de un problema. No se trata de justificar todo en razón del interés del damnificado, quien reclama, o clama, por una indemnización, sino de destacar que esa indemnización no puede ser exigida a la aseguradora de manera absolutamente indistinta a la exigencia al responsable, o prescindiendo de los términos y condiciones del contrato de seguro, sobre la base que la activación de la cobertura de Responsabilidad Civil, por la ocurrencia de un siniestro indemnizable, no es coincidente con la exigencia civil de la responsabilidad. Sobre el particular ha habido diversas resoluciones judiciales que han estimado que la aseguradora es final y legalmente una responsable solidaria, pudiéndosele exigir el íntegro de la reparación civil, para que luego repita contra su asegurado. Se ha confundido totalmente lo que es una aseguradora, asumiendo que es una suerte de beneficencia y atentando gravemente contra la mutualidad como principio rector en seguros.

Pero como no hay mal que dure cien años, no puede negarse que con el tiempo ha habido una lectura más serena de la norma en cuestión asumiéndose que la solidaridad está limitada hasta el importe de la suma asegurada. No estimo que sea una lectura correcta, porque la solidaridad es ajena al tema; empero, como “lo perfecto es enemigo de lo bueno,” entiendo que cuesta asumir que el legislador civil de 1984 se fue más allá de lo aceptable, asimilando a la aseguradora a la condición de una co causante o de un tercero civilmente responsable, quienes sí están vinculados frente a la víctima. En todo caso, es menos malo referirse a una solidaridad hasta el límite de la cobertura de la póliza contratada que a una solidaridad ilimitada.

El tema estimo que está actual y felizmente superado por la Ley del Contrato de Seguro, la misma que entiendo ha derogado tácitamente al artículo 1987 del Código Civil de 1984, en cuanto reconoce la acción directa hasta por el monto de la póliza contratada. Sin embargo, no puede negarse que no es pacífico admitir dicha derogación tácita, de allí que tomando la literalidad del artículo 1987 del Código Civil, siempre cabe la posibilidad que un juez textual y no contextual termine ordenando a una aseguradora pagar más allá del monto de la suma asegurada, afectando así mediatamente el equilibrio del sistema asegurador. Esa posibilidad se estaría definitivamente cerrando con el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, conforme al cual se replica el tenor del artículo 110 de la Ley 29946, Ley del Contrato de Seguro.

GM: Si considero correcta la posibilidad de la acción directa contra el asegurador con la limitación del monto por reclamar en función de la cobertura contratada. Los problemas se suscitaron al señalarse que se trataba de una responsabilidad solidaria que se dirigía contra la empresa y el responsable. Esta solidaridad conllevó el primer aspecto cuestionable en el sentido que se estimara una responsabilidad cuyo límite estaba dado por el monto que fija el juez a cargo de ambos responsables y, uno segundo, que no se reparara que los títulos con los que ambos asumían el pago eran distintos. El anteproyecto de la Comisión los aclara debidamente al señalar

que la víctima tiene la acción directa contra el asegurador con el límite previsto en el contrato de seguro y que la acción indemnizatoria se puede dirigir contra el responsable directo.

6. Finalmente, ¿cuáles cree que son las principales fortalezas y puntos de mejora de nuestro sistema de Responsabilidad Civil, y que propondría para mejorarlo?

JC: Yo creo que falta mucho en materia de Responsabilidad Civil. La verdad es que son pocos los profesores que investigan y que tratan de ponerse al tanto de los sistemas de Responsabilidad Civil tanto europeos como anglosajones. Yo creo que lo que sería bueno en materia de Responsabilidad Civil es que haya mucha mayor difusión, mucha mayor discusión sobre los temas de la perspectiva de la Responsabilidad Civil en el derecho anglosajón y en el derecho europeo y por supuesto en el derecho de América Latina así que creo que eso es importante, que a través de la legislación y la doctrina comparada estos diálogos con los diferentes sistemas que van a enriquecer de alguna manera también a la jurisprudencia y a la legislación nacional. Hace poco, en el año 2019 se ha emitido el anteproyecto de reforma del Código Civil que está presidida la comisión de reforma por el profesor Gastón Fernández Cruz y nos han parecido importantes algunos aportes que ha hecho la comisión en materia de Responsabilidad Civil tanto por inexecución de obligaciones como por Responsabilidad Civil extracontractual. También, me parece importante lo que ha hecho la jurisprudencia comparada en cuanto a la Responsabilidad Civil precontractual es decir ante los apartamientos intempestivos de negociaciones precontractuales así que si yo tuviera que sugerir algo tendría que ser que haya una mayor difusión, un mayor conocimiento por parte de los operadores del derecho de los sistemas jurídicos comparados en materia de Responsabilidad Civil.

MO: Toda obra humana es perfectible, pero lo que debería generar una reflexión profunda es la clase de Código Civil con la que se pretende contar en un futuro, dado que estamos ante el enésimo intento de reforma. Un Código Civil debería contener enunciados generales y re-

presentar un voto de confianza en la función jurisdiccional, para que, tomándose el pulso de la sociedad en constante evolución, los jueces estimen conscientemente, advirtiendo de los árboles y del bosque, la mejor manera de aplicar en un caso concreto esas normas generales. Hay que desarrollar criterio, capacidad de crítica, practicidad, porque la realidad desborda cualquier previsión normativa. Conforme a ello, estimo que lo que debe mejorarse es la preparación de los abogados y de los jueces, para que se pueda sentar una verdadera y trascendente jurisprudencia, que no se limite a parafrasear los textos positivos, sino que, respaldada por la sana doctrina, interprete la ley en razón de lo que sea más conveniente para la sociedad, tomando en cuenta las funciones de la Responsabilidad Civil. Podremos tener un Código Civil, con una factura de avanzada, que se inspire o no en otras legislaciones, pero si los operadores jurídicos no asumen el señalado reto, seguirá manteniéndose la mediocridad, lo impredecible, lo inseguro.

GM: Entre las principales fortalezas encuentro el reconocimiento de la responsabilidad objetiva la misma que, por la forma como se va estructurando el mundo contemporáneo, ya resulta preeminente como criterio de imputación. Asimismo, el acogimiento de una teoría como la causalidad adecuada para sustentar la relación entre la acción y el daño, elemento que, en mi concepto, resulta trascendental para determinar la responsabilidad. Entre todas las que se conocen resulta la más conveniente para identificar la causa del infortunio, como lo cataloga un autor español, y como tal la autoría a cargo del responsable. Hay varias propuestas de modificación de la Comisión que son atendibles. Entre ellas, el tratamiento de las fracturas causales en atención a los supuestos de ultra riesgo, la unificación en las consecuencias de quien ayuda o incita con la del responsable, la incorporación de la responsabilidad por productos o servicios defectuosos y la carga de la prueba. Un aspecto que debe merecer atención es el de agrupar situaciones especiales de responsabilidad en un mundo cada vez más proclive a la producción del daño en los diversos ámbitos del quehacer humano y el tratamiento de la responsabilidad a raíz de la comisión de delitos.