



Mesa redonda con Alfredo Bullard González^(*), Freddy Escobar Rozas^(**) y Leysser León Hilario^(***)

Temas de Responsabilidad Civil en Debate. Nuevas Tendencias^(****)

Civil Liability themes in discussion. New Tendencies

Resumen: Desde la perspectiva del Derecho Civil y la metodología del Análisis Económico del Derecho, los autores debaten en torno a la institución de la responsabilidad civil brindando al lector herramientas para evaluar la vigencia de categorías conceptuales como los deberes de protección, la injusticia del daño, y la aplicación de la Teoría de Juegos en el ámbito de la responsabilidad civil. Asimismo, los autores brindan aportes sobre el uso de baremos en nuestro sistema y su relación con los seguros. Finalmente, los autores nos exponen sus consideraciones y críticas en torno a la interpretación del artículo 1981, norma que regula la responsabilidad vicaria en nuestro Código Civil.

Palabras clave: Responsabilidad Civil - Análisis Económico del Derecho - Teoría de Juegos - Baremos - Responsabilidad Vicaria - Injusticia del daño

Abstract: From the perspective of civil law and methodology of Law and Economics, the authors discuss about civil liability institution providing to the reader tools to assess the validity of conceptual categories as protection duties, the injustice of damage, and the application of Game Theory in the field of civil liability. The authors also provide insights into the use of scales in our system and its relation to insurance. Finally, the

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho (LL.M.) en la Universidad de Yale. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico. Socio de Bullard, Falla, Ezcurra Abogados. Miembro del Comité Consultivo Nacional de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho (LL.M.) por Harvard Law School. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico. Socio de Ferrero Abogados. Miembro del Comité Consultivo Nacional de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(***) Doctor en Derecho por la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). Miembro de la Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC). Miembro del Proyecto de Investigación "Experiencias jurídicas en el derecho privado entre América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX (1901-1945)" del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt a M. (Alemania). Profesor ordinario asociado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Universidad del Pacífico y en la Unidad de Posgrado de la Universidad de San Martín de Porres. Asociado Senior de Ferrero Abogados.

(****) Mesa Redonda organizada por la Comisión de Publicaciones de IUS ET VERITAS. La Asociación agradece profundamente a los doctores Alfredo Bullard González, Freddy Escobar Rozas y Leysser León Hilario por su colaboración y disponibilidad para responder nuestras preguntas de manera virtual.

Temas de Responsabilidad Civil en Debate. Nuevas Tendencias *Civil Liability themes in discussion. New Tendencies*

authors present their considerations and criticisms concerning the interpretation of Article 1981, rule regulating vicarious liability in our Civil Code.

Keywords: Civil Liability - Law and Economics - Game Theory - Scales - Vicarious Liability - Injustice of damage

1. En un contexto en el cual nuestro país está comercialmente vinculándose con los países asiáticos (Corea del Sur, China y Japón) y reestructurando sus relaciones actuales con países cuyo sistema de responsabilidad civil tiene una lógica propia del Common Law, ¿es viable que categorías conceptuales como los deberes de protección y/o el de injusticia del daño mantengan vigencia? ¿Qué consecuencias podrían presentarse ante la pérdida de vigencia de tales conceptos por el contacto entre nuestro modelo legal y el de tales países?

Alfredo Bullard González: En primer lugar, mi impresión es que una de las consecuencias de la globalización y el aumento de interacción entre los países (no solo los que se mencionan sino, en general, con todos los países del mundo): estamos frente a un sistema de competencia institucional. Esto quiere decir que los sistemas comienzan a competir, a replicar y a parecerse a otros sistemas, descartando lo que funciona y lo que no funciona. Nuestros sistemas están recibiendo influencia (me refiero a los sistemas de derecho civil continental) en algunos aspectos del *Common Law* (uno lo ve a veces en temas de arbitraje internacional) y viceversa. El sistema del *Common Law* viene teniendo influencia en cómo se estructuran nuestras instituciones. Si nosotros tenemos instituciones ineficientes, los países que tienen instituciones eficientes van a sacarnos ventaja y eso va conduciendo a un proceso de uniformización, no total, pero sí implica que ciertos conceptos van quedando de lado.

Mi impresión es que el *Common Law* ha logrado un desarrollo mucho más orgánico, sistemático y eficiente de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual. El sistema de precedentes basados en jurisprudencia, que resuelven casos sobre la base de situaciones concretas y reales, conduce a un derecho mucho más vinculado a la realidad y eso supera con creces lo que nuestros sistemas hacen a través de reuniones de juristas que se juntan a discutir sin tener un caso real al frente para redactar un Código.

Mi impresión es que esa ventaja que el *Common Law* tiene se va a reflejar y se está reflejando en una serie de instituciones que han ido poco a poco colándose en nuestro sistema y que se van a seguir colando.

Entonces, la respuesta a la pregunta en realidad es que, según mi impresión, va a ocurrir lo que se señala. Ciertas instituciones que no tienen basamento en los hechos, porque son productos de modelos excesivamente teóricos, van a ir siendo desplazadas por instituciones que tienen un concepto mucho más práctico, con menos especulación y más capacidad de resolver problemas concretos; y que, en consecuencia, nuestro sistema se va a ir pareciendo más a un sistema de *Common Law* y algunas de nuestras instituciones creadas en base a razonamientos de discusiones o reuniones entre juristas van a ir cediendo el paso a otras instituciones que se crean sobre la base de la práctica.

Cuando se habla de principios como el deber de protección (que en realidad, también existe en el sistema del *Common Law* solamente que bajo otro concepto, tiene que ver con la forma como se estructura la responsabilidad objetiva) la verdad sí tengo la impresión que va a pasar lo que señala.

Freddy Escobar Rozas: No creo que las relaciones comerciales con otros países deban ser consideradas como factor fundamental para el abandono de una u otra categoría conceptual en el campo de la responsabilidad. En primer lugar porque las empresas de otros países pueden, a través del precio, eludir los efectos de aquellas reglas legales peruanas que consideren nocivas. En segundo lugar porque las categorías conceptuales mencionadas no son, en mi opinión, relevantes en el mundo de los negocios.



Mesa redonda con Alfredo Bullard González, Freddy Escobar Rozas y Leysser León Hilario

Sin perjuicio de lo indicado, pienso que la teoría de los deberes de protección debe ser abandonada, sobre todo en materia contractual, ya que no existe razón económica o moral alguna para que la ley obligue a una parte a cuidar los intereses de la otra en la forma y magnitud que esa teoría propone. Si los costos de transacción son bajos, las partes deben decidir si son o no exigibles tales deberes. Ante la inexistencia de un acuerdo en sentido positivo, la ley no debe obligar a ninguna de ellas a brindar un recurso (protección) a costo cero. Eso equivale a un impuesto.

La teoría de la injusticia en el daño extracontractual está presente, bajo una forma u otra, en todos los sistemas legales, y no veo cómo pueda ser eliminada. En un mundo en el que las interferencias son la regla general, necesitamos de un factor cualitativo, *injusticia del daño* u otro similar, que nos permita separar las interferencias aceptables, que no generan responsabilidad, de las interferencias inaceptables que sí generan responsabilidad.

Leysser León Hilario: ¡Pero si Japón (1899), Corea del Sur (1958) y China (1986) tienen códigos civiles (en China se llaman *Principios Generales de Derecho Civil*)! Y todos, por cierto, inspirados en el Código Civil alemán (1896). Así que cuando menos la cuestión de la antijuridicidad (*Rechtswidrigkeit*) del comportamiento dañoso (contemplada como presupuesto de la responsabilidad extracontractual en el parágrafo 823 del BGB) ha de ser común a todos esos ordenamientos (y a los de *Common Law* también, porque *tort* no significa otra cosa que *wrong*, o sea, “contravención” o “ilícito”). No ocurriría lo mismo, probablemente, con la teoría de los deberes de protección (*Schutzpflichten*), porque ésta se perfila definitivamente recién en 1932, con el famoso estudio de Heinrich Stoll, y recibe acogida en el BGB solo con la *Schuldrechtsmodernisierung*, la modernización del derecho alemán de obligaciones, del 2000-2001. En Francia, desde hace más de un siglo (desde 1911, para ser precisos), se habla de *deberes de seguridad* (*obligations de sécurité*).

Son los italianos y no los alemanes (ni los ordenamientos de filiación germana), por otro lado, quienes hablan de “injusticia” del daño. Ese calificativo está históricamente ligado con un significado tardío del término *iniuria*, con el daño *non iure*, o sea, no justificado.

Desde luego que esta constatación preliminar de comparación jurídica no permitiría sostener que por la sola premisa de

la afiliación al *Civil Law* las categorías se apliquen idénticamente en los países asiáticos mencionados y en los de Europa continental (lo advertía, egregiamente, Gustav Radbruch, a propósito de la codificación surcoreana), pero sí es útil para comenzar esta entrevista, despejando el campo de prejuicios sobre las posibles dependencias jurídicas que, de la mano con la dependencia económica, nacerían de los acuerdos comerciales señalados.

No creo, sin perjuicio de lo anterior, que ningún acuerdo comercial, hipotéticamente (solo hipotéticamente, como es obvio) basado en una paridad de los países firmantes, que negocian y definen términos y condiciones, tenga, necesariamente, un impacto en los modelos jurídicos de la “parte débil” de la relación jurídica internacional (si se me permite tomar en préstamo expresiones que tienen un paralelismo, no casual, con las del derecho civil).

Si las desigualdades económicas objetivas entre los países que son parte del acuerdo comercial se trasladan al campo de las relaciones internacionales y, con ello, al texto del tratado mismo, el país prevaleciente no impondrá necesariamente (salvo en raros casos, que no nos son ajenos) la alteración o adecuación de los modelos jurídicos del país “débil”. El derecho *hostil* del país “débil” será excluido mediante las cláusulas de derecho internacional privado, con las cuales se formalizan derogatorias (todas desfavorables) del derecho del país “débil”, mientras que en el plano de la solución de conflictos, los convenios arbitrales harán que las eventuales controversias deriven hacia el incierto campo de la justicia privada ante centros de arbitraje internacionales.

En ocasión del Caso CIADI No. ARB/03/28, por ejemplo, las dos partes (República del Perú, demandada; y empresa transnacional, demandante) terminaron discutiendo sobre la denominada *teoría de los actos propios* y

sus alcances. Así, se generó en los árbitros internacionales la errónea perspectiva de que la referida doctrina tiene arraigo en el Perú y, lo que es peor, de que resulta vinculante para resolver una controversia contractual enmarcada en las leyes del Perú, pese a que, en realidad, la regla del *venire contra factum proprium non valet* no tiene ningún asidero legal verosímil en nuestro ordenamiento jurídico y es, más bien, blanco de justificadas críticas en muchos países de cultura jurídica cercana a la nuestra; críticas que deberían ser conocidas y adecuadamente difundidas en nuestro medio, donde son notorios los automatismos que propician los *actos propios* en el análisis y resolución de las causas.

Ante experiencias como la aquí recordada, no causaría extrañeza que en casos, bien conocidos, e igualmente sometidos a arbitraje internacional, de responsabilidad *in contrahendo* (por inversiones frustradas derivadas de contratos nulos o derogados por autoridad estatal) o de responsabilidad civil por incumplimiento contractual, la decisión de los árbitros se fundamente en conceptos ajenos, si no es que contrarios, a los que, para bien o para mal, han merecido reconocimiento en nuestra legislación.

2. En nuestro país, ¿es recomendable postular un sistema de baremos de indemnización frente al criterio que pueden adoptar los Tribunales para la determinación y valoración del daño en casos de responsabilidad civil? ¿En qué modo podrían afectarse la cuantificación de los daños y la tutela de la víctima?

Alfredo Bullard González: Yo, conceptualmente y en general, no estoy de acuerdo con un sistema de baremos porque el daño no siempre es el mismo y, en consecuencia, tasar los daños *ex ante* puede conducirte a resultados injustos. Sin embargo, cuando uno entra a la debilidad que tienen las cortes en un país como el Perú, y a la falta de recursos técnicos y económicos para llevar a cabo su labor, a lo que se suma la dificultad que tienen las partes de obtener los recursos para la inversión necesaria para una buena cuantificación de daños (buenas pericias), el sistema de baremos te reduce los costos de administración de justicia; es decir, te reduce lo que Calabresi llama los costos terciarios, que son el costo del uso de las cortes para hacer esos cálculos y lo sustituye por un sistema donde administrativamente, o legislativamente, o a través de algún mecanismo específico, se establecen montos tasados.

Por ejemplo, un sistema como el SOAT no podría funcionar sin algún nivel de valuación previa (que en el SOAT antes que un baremo es un límite de responsabilidad del seguro), aunque sea referencial, del monto de los daños porque si nos ponemos a calcular montos reales todo el tiempo el sistema no podría funcionar, pues los costos de transacción existentes serían demasiado altos. Entonces, lo que en realidad diría es: en principio no estoy de acuerdo, pero en la realidad, desde el punto de vista práctico, en una situación como la del Perú, sí puede aliviar y facilitar el funcionamiento del sistema, sobretodo hacerlo predecible. Hoy en día, el resultado es que es, absolutamente, un albur irte al poder judicial y saber qué cosa es lo que va a salir en término de montos. Un sistema de baremos puede ayudar a que eso no ocurra.

En España, por ejemplo, para que el mercado de seguros funcione lo que las compañías de seguro exigían era algún sistema de predictibilidad, entonces por eso yo hacía la diferencia entre el punto de vista conceptual y el tema práctico. Desde el punto de vista conceptual, se debería indemnizar el daño realmente causado, pero el problema que tiene eso es la dificultad de encontrar y cuantificar el daño realmente causado.

El sistema de baremos, si está bien hecho, te podría arrojar una especie de daño promedio o un daño normal que, en el agregado, genera la interacción correcta. Los seguros exigieron en España (y en varios otros países del mundo) la existencia de estos sistemas, precisamente para poder calcular el costo de las primas. De otra forma, el monto se volvía incalculable. A través del sistema de baremos, se logra definir mejor cuáles son las mediciones que tienen que hacerse. Ahora, son baremos bien complejos, uno tiene que entrar a un nivel de detalle relativamente alto, pero a su vez genera una mayor predictibilidad del daño.



Mesa redonda con Alfredo Bullard González, Freddy Escobar Rozas y Leysser León Hilario

Entonces, el impacto del sistema de responsabilidad civil no solo se ve en las cortes, se ve en el funcionamiento del sistema general. El tipo de precauciones que los potenciales causantes toman está en función a la expectativa de daño que ellos tienen que pagar. Si ese daño es impredecible, o no se puede calcular fácilmente, puedes tener un problema de, usualmente, sobreinversión en precaución, que es que la gente toma más precauciones de las que son realmente necesarias y eso es un desperdicio social, están gastándose demasiados recursos en algo que se podría ahorrar. Si soy una empresa farmacéutica y no sé la magnitud de los daños que tendré que pagar si mis productos causan daños, el resultado puede ser que no se produzcan los medicamentos que los consumidores necesitan, o que la incertidumbre haga que los costos de los mismos sean excesivamente altos. El sistema de baremos podría contribuir a que eso no ocurra.

Freddy Escobar Rozas: No, por dos razones. En primer lugar porque los baremos pueden ser sub-compensatorios o súper-compensatorios. Los primeros desprotegen a las víctimas, mientras que los segundos sancionan a los causantes. Ninguno de esos resultados es aceptable desde una perspectiva de justicia correctiva. En segundo lugar porque si los baremos son sub-compensatorios, los causantes tendrán incentivos perversos, pues, al no estar obligados a internalizar el 100% de los costos que sus actividades imponen a otros, podrán dejar de tomar precauciones eficientes o podrán realizar tales actividades por encima de los niveles óptimos.

Reconozco que el sistema de baremos reduce los costos del proceso; pienso, sin embargo, que es muy difícil cuantificar si la reducción de dichos costos vale la pena. Desde una perspectiva económica no es claro si los efectos positivos derivados de la reducción de los costos del proceso son mayores a los efectos negativos derivados de la desprotección a las víctimas (baremos sub-compensatorios) y de la sanción a los causantes (baremos súper-compensatorios). En todo caso, desde una perspectiva moral, no creo que la reducción de los costos procesales justifique dejar sin protección adecuada a la víctima de una actividad dañosa.

Leysser León Hilario: El sistema de tablas ha sido concebido para el resarcimiento de los daños a la persona, también llamados *daños corporales* o *daños a la salud*. En España ha sido regulado mediante una ley, en materia de accidentes de tránsito, mientras que en Alemania e Italia, cuya experiencia en

este campo es mucho más antigua y rica que la hispánica, las tablas informan, sin carácter vinculante, las decisiones jurisprudenciales.

Soy enemigo de las imitaciones de leyes y de prácticas jurisprudenciales, pero creo que se podría hacer una excepción en cuanto a las tablas de valorización de los daños a la persona. ¿Qué explica que el honor del futbolista Paolo Guerrero, lesionado por una noticia difundida en el programa de espectáculos de la periodista Magaly Medina, haya sido valorizado por nuestros jueces en doscientos mil soles, mientras que el terrible menoscabo de la integridad física de la niña Romina Cornejo fue cuantificado en solo doscientos cincuenta mil nuevos soles? ¿Y qué determina que los deudos del fotógrafo Ivo Dutra, atropellado y muerto en una avenida limeña, hayan recibido un resarcimiento de un millón de nuevos soles, con el debido y ansiado realce de la función preventiva de la responsabilidad civil, mientras que la madre de un niño infectado, al nacer, con VIH en un hospital público recibió de nuestra administración de justicia ochocientos mil nuevos soles?

Estas diferencias causan alarma e indignación, como es natural, pero no deben llevar a pensar que la razón de ser de la implantación o conveniencia en el Perú del sistema de tablas obedezca a la “predictibilidad” de los fallos. Esa “predictibilidad” no es ni será en el corto plazo, en modo alguno, un valor a defender en nuestro país, mientras no se supere la crisis permanente que atraviesa nuestra administración de justicia. Ocurre todo lo contrario: la falta de predictibilidad es el incentivo, el motor de toda defensa judicial en la que un profesional intente variar, para mejor, el parecer de los jueces. ¿Se imaginan ustedes lo que habría significado para los abogados de los deudos de Ivo Dutra resignarse ante el hecho comprobable de que en el Perú la vida humana se valoriza, en centenares de fallos, en no más de ocho mil soles? La sentencia

Temas de Responsabilidad Civil en Debate. Nuevas Tendencias *Civil Liability themes in discussion. New Tendencies*

que se logró en el caso Dutra, digna de saludo desde toda perspectiva, es solo un ejemplo de la importancia de evitar absolutamente la argumentación basada en lugares comunes como la *certeza* del derecho.

La verdadera importancia del sistema de tablas, en los países donde su práctica ha sido consolidada, radica en que constituye un recurso argumentativo que asegura la igualdad ante la ley y concorde, por lo tanto, con la naturaleza igualitaria del derecho civil. El resarcimiento de los daños corporales es idéntico (emblemática, en tal sentido, es la pretensión uniforme que han dirigido los deudos de los fallecidos en una discoteca de Brasil, estimada en un millón quinientos mil dólares por familia) y debe permanecer al reparo de toda influencia de criterios o voces distorsionadoras como, en nuestra experiencia jurisprudencial, el "daño al proyecto de vida", sobre cuya base se plasman únicamente discriminaciones, inflacionismos resarcitorios e injusticias.

3. Desde una perspectiva de la Teoría de Juegos, ¿es viable obtener soluciones para un supuesto de responsabilidad por inejecución de obligaciones? ¿En qué otros supuestos tal herramienta puede brindar propuestas de solución al legislador, al intérprete o a un Tribunal en supuestos de responsabilidad precontractual o responsabilidad al medio ambiente? En todo caso, ¿la aplicación de tal teoría puede replantear conceptos propios de la Teoría General de la Responsabilidad Civil, tales como la relación de causalidad, el daño o incluso el principio general del *neminem leadere*?

Alfredo Bullard González: Es una pregunta aparentemente compleja, pues puede ser bien vago definir el alcance y utilidad de la teoría de juegos. En realidad, la teoría de juegos puede ser útil para cualquier cosa. La teoría de juegos no es más que modelar la conducta humana a través de un modelo de predicción de esa conducta utilizando un marco de ciertos incentivos para identificarlo.

Desde ese punto de vista, la teoría de juegos, sin duda, tiene una utilidad especial y particularmente, desde el lado de la política legislativa o política jurisdiccional, es decir, definir cómo las decisiones legislativas o judiciales van a influir en las conductas de las personas. En el fondo, la teoría de juegos trata de predecir cómo las personas reaccionan en condiciones de incertidumbre: falta de información, razonabilidad acotada,

etcétera, etcétera y tú tratas de definir cómo esas personas van a comportarse en ese marco.

En ese sentido, sin duda es útil para definir estructuras de sistemas de responsabilidad civil. Los modelos, por ejemplo, de análisis económico que establecen ventajas o desventajas del sistema de responsabilidad objetiva, frente al sistema de responsabilidad objetiva se basan principalmente en aplicaciones (relativamente rudimentarias) de la teoría de juegos. Es decir, de cómo van a reaccionar las personas frente a los incentivos, qué tipo de precauciones se van a desarrollar, cómo los individuos se van a comportar.

Entonces, utilidades sin duda existen. Ahora, yo siempre soy bien cuidadoso con la aplicación de la teoría de juegos porque es una herramienta útil, pero peligrosa en términos de que puedes endiosarla muy fácilmente, puedes sobredimensionar su capacidad explicativa. Esto no lleva a que la descartes, esto lleva a que la tomes con cuidado y con pinzas. Pero, sin duda, se ha utilizado en la responsabilidad civil para moldear sistemas y para definir qué cosa es mejor y qué cosa es peor en términos de incentivos.

Freddy Escobar Rozas: La Teoría de Juegos estudia las decisiones estratégicas que se toman en un contexto definido por la interacción. Por tal razón, la Teoría de Juegos puede ser muy útil al momento de tomar tanto una decisión de incumplimiento como una decisión de defensa ante un incumplimiento. Recordemos que el incumplimiento contractual no necesariamente supone un juego de suma cero, esto es, un juego en el que lo que uno gana es igual a lo que el otro pierde. Esto supone que existe espacio para tomar decisiones en base al análisis de las posibles estrategias de la contraparte.



Mesa redonda con Alfredo Bullard González, Freddy Escobar Rozas y Leysser León Hilario

A pesar de que la Teoría de Juegos puede ser útil al momento de tomar una decisión de incumplir o de tomar una decisión de ejecutar forzosamente el contrato o aceptar la indemnización, no encuentro relación directa entre la Teoría de Juegos y la regulación legal de la responsabilidad civil. En mi opinión, la regulación de la responsabilidad civil debe fundamentarse en diversas consideraciones de orden moral y de orden económico. Todas estas consideraciones tienen connotaciones a nivel macro, que trascienden a los elementos de la teoría de juegos: decisiones estratégicas, ganancias y pérdidas. No creo que el estudio de las decisiones estratégicas en contextos de interacción pueda contribuir significativamente a redefinir los esquemas legales de responsabilidad civil.

Esto obviamente no significa que no exista espacio para la aplicación de la Teoría de Juegos. Creo que el diseño contractual constituye un campo especialmente propicio para aplicar esa teoría. Por ejemplo, en los últimos años, la práctica contractual de la deuda soberana se ha beneficiado de los aportes de la Teoría de Juegos. Uno de esos aportes está dado por la revelación de que las *collective action clauses* (CAC), que nacen como respuesta estratégica al problema del *holdout*, generan retrasos en las reestructuraciones debido a que incentivan el *free riding*. Por lo tanto, el uso de las CAC abre un escenario de estrategias de suma cero que en un inicio era desconocido para el que redactaba el contrato.

Leysser León Hilario: No soy un experto en el tema, así que voy a responder la pregunta dentro del muy limitado conocimiento que he debido cultivar con ocasión de esta entrevista. Entiendo que la Teoría de Juegos está vinculada con las estrategias de actores en un contexto determinado. Siendo así, la respuesta a la pregunta es que cualquier deudor, en efecto, puede anticipar unilateralmente las consecuencias de su desenvolvimiento en el marco de la relación obligatoria, en síntesis: ejecutar o no la prestación debida o ejecutarla en condiciones diferentes de las acordadas. El elemento invariable en este análisis es la base legal: ese deudor debe tomar en cuenta que bajo nuestras leyes, el cumplimiento de obligaciones es un acto debido y no un acto libre. De aquí que el incumplimiento y la imposibilidad sobrevinida por causa imputable, en caso de ser hechos voluntarios (dolosos), den lugar a la aplicación de un régimen agravado de responsabilidad (en cuya virtud se responde más allá del mero *daño que podía preverse al tiempo en que la obligación fue contraída*; detalle que no ha sido tomado en cuenta por

quienes proponen, incluso entre nosotros, un trasplante mecánico a nuestra experiencia jurídica de la doctrina del *willful o deliberate breach of contract*, de la inexecución voluntaria del contrato), y que la resolución contractual no ajustada a los requisitos y procedimientos fijados por el Código Civil o por las partes se esponga a una declaración de ineficacia, así como a los remedios que reprimen el ejercicio abusivo de los derechos.

Cuando absuelvo este cuestionario, acaba de despedirse del Estudio una víctima de un incumplimiento voluntario. El cliente compró, con financiamiento bancario parcial, un vehículo "x" año 2012. Ante una situación sobreviniente de imposibilidad (imputable) al deudor, este le ofreció cancelar la deuda con un vehículo de la misma marca, pero del año 2011. El cliente no aceptó. Ahora, pasados ocho meses, el cliente sigue sin recibir su vehículo. El proveedor, perseverante en su incumplimiento (definitivamente un *efficient breach of contract*) le ha enviado un proyecto de transacción en el cual, a la vez que se libera de toda responsabilidad, le propone aceptar en dación en pago un vehículo del año 2012 (o sea, el mismo que compró el cliente), solo que a estas alturas (año 2013) ese vehículo ya está depreciado en mil quinientos dólares.

El caso está ya en el INDECOPI, aguardando, como muchos otros temas de naturaleza civil irrenunciable, un pronunciamiento de la Comisión competente. En el plano de los remedios contractuales, la propuesta es resolver el contrato. A lo mejor el deudor está esperando eso, pues incumplir le ha resultado beneficioso (recibió quince mil dólares como inicial, más el íntegro de la suma financiada por el banco, sin haber entregado el vehículo, situación que subsiste hasta este momento). Aun cuando el deudor fuese conminado judicialmente a las restituciones respectivas, como efecto de la resolución, es posible que la operación le siga resultando ventajosa

Temas de Responsabilidad Civil en Debate. Nuevas Tendencias *Civil Liability themes in discussion. New Tendencies*

en el plano económico. Donde se haría la diferencia, en nuestro ordenamiento jurídico, es en el efecto resarcitorio de la resolución, porque el cliente, siempre que se verifique el carácter deliberado del incumplimiento, podrá pretender del deudor responsable el resarcimiento de todos los daños, incluso los daños indirectos, que logre acreditar.

En el plano de la responsabilidad civil *in contrahendo*, las opciones para el tratante (o *jugador*) se aprecian bien, sobre todo, en la *fattispecie* del rompimiento injustificado de las tratativas (se interrumpen o no los tratos preliminares y cuál es el beneficio que el tratante infractor obtendrá de ello, en un país donde la figura destaca por su nula presencia en los repertorios jurisprudenciales). En el plano de la responsabilidad civil por daños al ambiente, la problemática recuerda a las hipótesis de Ronald Coase, pero creo que el paralelo con la situación peruana no sería exacto porque la ambigüedad del régimen normativo aplicable, donde se confunden, con clamorosos errores de técnica legislativa, la responsabilidad subjetiva y semiobjetiva, y la ausencia de remedios civiles eficaces (no existe tutela resarcitoria, prácticamente; nos limitamos a contar con el efecto desincentivador de las medidas de derecho administrativo sancionador) tiende a fomentar más bien comportamientos socialmente no deseados.

La causalidad y el daño, como elementos del juicio de responsabilidad civil, pertenecen a la política del derecho. No creo, por lo tanto, que la Teoría de Juegos pueda tener una vinculación (cuando menos no una vinculación *natural*) con tales conceptos. En cuanto al *neminem laedere* o *alterum non laedere*, finalmente, no constituye un principio general del derecho ni una obligación general, como se ha afirmado en vano por tantos años, sino una definición de *ius* debida a Ulpiano. Existen daños que deben ser tolerados (los daños *autorizados*), como los derivados de las relaciones de vecindad, que dan lugar a la aplicación de remedios indemnizatorios (no resarcitorios), los cuales serían difíciles de explicar si de verdad se considerara al *neminem laedere* como fundamento de la responsabilidad civil.

4. Normalmente en una estructura societaria se pretende reducir costes de agencia tercerizando diferentes servicios y/o actividades a partir de un criterio de especialización. En tal contexto, y de ocurrir un daño, ¿es viable que la víctima pueda obtener tutela resarcitoria a través de la Responsabilidad Vicaria?

Alfredo Bullard González: Mi impresión es que sí, pero es un “sí” al que hay que ponerle un “depende”. No todas las relaciones son iguales y hay que poner límites. Un principio que se desarrolló en el *Common Law* y que a mí me parece bastante claro es a través de una pregunta bien sencilla:

“Imaginate que la empresa hubiera salido del mercado por insolvente unos días antes de que se produzca el accidente: ¿hubiera ocurrido el accidente?”

¿Por qué se hace así la pregunta? Porque así dices cual es la relevancia de la existencia de la empresa para el daño causado y su vinculación con la acción del agente directo.

Entonces, si la empresa hubiera salido por insolvencia del mercado unos días antes de que un automóvil atropellara a alguien y dices que igual se hubiera producido el accidente, estás diciendo que la empresa no lo causó y no lo causó, ni directamente, ni a través de algún mecanismo de responsabilidad vicaria. Es muy claro que si la empresa ha quebrado, no tiene trabajadores ni subcontratistas y si no tiene trabajadores no hay como causar daño, entonces ahí se aplica bien fácilmente.

El tema más complicado no es en las relaciones laborales sino en las relaciones civiles con el causante directo de daño, porque depende del nivel de control. Tú te preguntarás: ¿el accidente hubiera ocurrido si la empresa hubiera salido? Y responderás: oye, si la empresa lo que hacía era subcontratar, por ejemplo, transporte a través de una flota de camiones perteneciente a un tercero y la empresa hubiera salido y esa flota de camiones no hubiera estado circulando llevando Coca Cola, entonces no se hubiera producido el accidente. Entonces, ahí, creo yo, tiene lógica decir que esa empresa es vicariamente responsable por el camión distribuidor de Coca Cola, por más de que sea una relación civil.



Mesa redonda con Alfredo Bullard González, Freddy Escobar Rozas y Leysser León Hilario

En cambio, cuando tienes una relación distinta, hay diferencias. Cuando yo contrato un taxi, ¿puede ser responsable el que contrata el taxi por la responsabilidad vicaria del taxista? Bueno, en principio, no, porque el taxi hubiera seguido circulando en las condiciones en las que estaba circulando sin necesidad de la existencia de la empresa.

Entonces, en esa relación no habría responsabilidad vicaria. Es decir, cuando como estudio Bullard, llamamos a un taxi y viene a recogerlos y en el camino atropella a alguien, en principio, el estudio no puede ser hallado responsable. Pero, si el estudio tiene una flota contratada o subcontratada para hacer el delivery de documentos, yo creería que sí y eso básicamente porque la causalidad se define por el vínculo económico.

De hecho, las empresas, en principio, solo son responsables a través de mecanismos de responsabilidad vicaria porque no pueden actuar sin esa vía y esa responsabilidad puede darse a través de relaciones laborales y relaciones civiles. Entonces, yo creería que sí, con algunos límites y acotando algunas situaciones en las que eso no ocurre, pero la regla general sería que sí.

Freddy Escobar Rozas: No veo una relación directa entre la reducción de costos de agencia y la tercerización. En el mundo corporativo, los costos de agencia tienen que ver con tres relaciones diferentes: (i) accionistas y administradores; (ii) accionistas mayoritarios y accionistas minoritarios; y, (iii) accionistas y acreedores (y otros *stakeholders*). La tercerización, en términos generales, no es una respuesta ante los problemas de agencia sino más bien una respuesta ante la necesidad de reducción de costos operativos, la necesidad de acceso a tecnologías productivas u operativas constantemente actualizadas, la necesidad de concentración de recursos a actividades más valiosas, etcétera.

Sea cual sea la razón de la tercerización, la pregunta es pertinente. Pienso que la respuesta no puede ser absoluta. Si la empresa A contrata a la empresa B para que ésta se encargue de realizar la actividad X, las víctimas de dicha actividad deben poder dirigirse contra la empresa A si es que la empresa B no está razonablemente preparada para responder por la actividad para la que ha sido contratada. En otras palabras, si la empresa B no está en condiciones razonables de responder por la actividad X, entonces la empresa A debe seguir siendo responsable. ¿Por qué? Veamos. La responsabilidad

vicaria se explica en la necesidad de generar incentivos para que los administradores de una empresa controlen las actividades de las áreas operativas, de modo que estas tomen precauciones eficientes. Si la tercerización eliminase *per se* la responsabilidad vicaria, los administradores tendrían incentivos para contratar a empresas sub-capitalizadas, que no estén en condiciones de responder frente a las potenciales víctimas. Y ya sabemos qué ocurre cuando uno no tiene mucho que perder: toma más riesgo del que resulta óptimo.

Si hacemos depender la exoneración de la responsabilidad vicaria de la elección razonable de la empresa que realizará las actividades tercerizadas, generaremos incentivos correctos para que los administradores de la empresa que terceriza mantengan el nivel de riesgo deseado en la ejecución de dichas actividades.

Leysser León Hilario: Por responsabilidad civil *vicaria* se entiende, usualmente, aquella que recae sobre el principal por hechos de sus subordinados (figura regulada en el artículo 1981 del Código Civil, que, como se sabe, presupone la dependencia del autor directo del daño respecto del patrón, a quien la norma imputa la responsabilidad, y el desenvolvimiento en el ejercicio de las tareas encomendadas por el patrón). En realidad, sin embargo, la *vicarious liability*, tal como se ha desarrollado en los ordenamientos de *Common Law*, tiene un campo de acción más extenso, en el que se comprenden varios supuestos de responsabilidad por hecho ajeno.

Efectuada esta precisión no creo que el régimen de la responsabilidad *vicaria* sea el adecuado para los daños referidos en la pregunta. La práctica jurídica misma muestra que los daños por actos de personas naturales y jurídicas interpuestas se producen, por lo general, en el ámbito de relaciones contractuales, siendo de aplicación, por lo

tanto, el artículo 1325 del Código Civil, que hace civilmente responsable al deudor por los daños dolosos o culposos causados por los auxiliares o terceros de los que se vale para cumplir sus obligaciones.

Esta responsabilidad es *indirecta* solo en apariencia. La regla del artículo 1325 es el reflejo, más bien, de que frente al acreedor el único y exclusivo obligado es el deudor. Por dicha razón, cualquier intervención de terceros por decisión del deudor, hecho que, por lo general, y en efecto, obedece a la necesidad de reducir costes de agencia, es bajo la responsabilidad de este último.

En algún momento se pensó que la razón de ser de la responsabilidad del deudor por terceros y la responsabilidad del patrón por sus dependientes obedecía a la misma lógica. La doctrina se ha encargado de desvirtuar esa apreciación: el patrón tiene que responder por los hechos de sus dependientes porque a través de estos expande su actividad económica (*cuius commoda, eius et incommoda*, quien se beneficia con una situación debe, a la vez, soportar sus cargas); el deudor responde porque los terceros de los que se vale para el cumplimiento de las obligaciones nunca llegan a sustituirlo (por más importante que sea su papel en la ejecución de la prestación) frente al acreedor. *Qui facit per alium facit per se*, el que lo hace por medio de otro lo hace por sí mismo, como dice el adagio.

La perspectiva, como se podrá notar, es objetiva y no subjetiva. El deudor no responde por la infracción presunta de los estándares de diligencia al seleccionar y supervisar la actuación del tercero o del auxiliar (la culpa *in eligendo* e *in vigilando* a la que se ciñen los subjetivistas). Si así fuera, al deudor le estaría permitido librarse de la imputación acreditando haber tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño (eximente equivalente a la contemplada, con carácter general, en el artículo 1314 del Código Civil, donde se señala que el cumplimiento de las obligaciones “con la diligencia ordinaria requerida” es, de suyo, exonerativo de responsabilidad para el deudor). Esta lectura de la normativa, alineada, con todo, al dictado de las normas, resultaría incoherente con el sentido de la regla especial de responsabilidad obligativa por hechos de terceros, proveniente del BGB, con la mediación del Código Civil italiano, para cuya aplicación el análisis de culpabilidad se restringe, explícitamente, a la actuación de dichos terceros: son los hechos *dolosos* o *culposos* de estos los que

comprometen al deudor frente al acreedor.

5. Si bien es cierto pueden realizarse más de una interpretación respecto al artículo 1981 del Código Civil (Teoría de la Representación o Teoría de la Garantía), ¿es posible postular una reedificación conceptual de tal artículo en clave de capacidades de prevención?

Alfredo Bullard González: Acá es un típico ejemplo en el que pasa lo que explicaba en la primera pregunta. La teoría de la garantía aplicada a la responsabilidad vicaria se orienta a tratar de explicar algo que, creo, es más fácil de explicar: tratar de explicar por qué yo soy responsable por un acto desarrollado por otro. Entonces, los teóricos dicen: “no esa no es responsabilidad ni objetiva, ni subjetiva, es un deber de garantía respecto del deber del otro”.

Yo la verdad a esas teorías les tengo recelo. Creo que el problema es más simple. El problema es que la empresa actúa a través de mecanismos, es decir, una empresa en sí misma no puede ser ni negligente, ni diligente porque es una persona jurídica sin voluntad. La única forma como una empresa puede ser hecha responsable es a través de actos de personas que de alguna manera actúan bajo el ámbito de esa empresa. Bajo un concepto de ese tipo, si el representante o el trabajador es negligente, es negligente la empresa y es responsable por esa razón.

Podemos entrar a una discusión muy interesante, en la que los teóricos digan “no eso no puede ocurrir porque la responsabilidad vicaria, en realidad, significa una situación diferente; es un deber de garantía por el cual yo garantizo lo que el haga”. Puedes tomarlo de esa manera. Pero la verdad de las cosas me gusta más la respuesta de decir (utilizando un modelo de análisis como el que utilizábamos hace un momento): oye, si la empresa es insolvente, ¿hubiera ocurrido o no



Mesa redonda con Alfredo Bullard González, Freddy Escobar Rozas y Leysser León Hilario

el accidente? Y a partir de ahí, analizas el caso y encuentras la respuesta.

Ahora, se analizará responsabilidad por culpa si el supuesto está regulado por culpa y el dependiente o la persona contratada actúan por culpa. Entonces, lo que pasa es que a mí, esos modelos sinceramente me confunden, me parece que confunden a todo el mundo. Terminan mirando las cosas por un lado totalmente diferente al que deberían, tratando de dar una explicación conceptual al problema.

Es un problema práctico, es más sencillo. Una empresa causa un daño, ¿debe responder o no debe responder? y ¿en qué supuestos debe responder? La pregunta sobre si es por deber de garantía, por deber de protección o por responsabilidad directa no es lo trascendente. Más importante es saber qué requisitos debes cumplir para responder. Y yo creo que en eso el *Common Law* es más simple.

Yo nunca he escuchado en el *Common Law* la teoría del deber de garantía. De pronto existe alguien que lo ha planteado (algún profesor del sistema civil que fue a dictar a EEUU), pero como concepto que se estudia no existe. Simplemente la responsabilidad vicaria responde a preguntas: ¿había relación de dependencia?, ¿estaba bajo el ámbito de servicio?, ¿en qué supuestos responde?, ¿en qué supuestos no responde? Esas deberían ser las preguntas, la pregunta no es cuál es la abstracción a través de la cual uno tiene que responder.

Freddy Escobar Rozas: Las teorías pueden ser descriptivas, normativas o valorativas. Por tanto, cualquier fenómeno legal puede ser explicado de varias maneras, dependiendo de la perspectiva con la que uno se aproxime. Esto no quiere decir, sin embargo, que todas las teorías que se ensayan desde una perspectiva u otra sean correctas.

La Teoría de la Representación y la Teoría de la Garantía intentan sin éxito ser descriptivas. Como es evidente, la empresa no otorga representación alguna a sus dependientes para provocar daños. Si por alguna razón consideramos que los dependientes son representantes de la empresa, al amparo de las reglas de representación tendremos que concluir que los daños ocasionados por aquéllos son ineficaces frente a esta última en la medida en que no ha otorgado instrucción alguna para realizar actividades dañosas. La ley, sin embargo, hace responsable a la empresa por tales actividades. Por lo tanto,

el recurso a la representación es inadecuado para explicar esta realidad normativa.

Por otro lado, sostener que la empresa responde por ser garante no explica la realidad normativa analizada, pues deja sin respuesta una pregunta fundamental: ¿por qué razón la empresa es garante?

Desde una perspectiva económica, la responsabilidad vicaria se fundamenta en la creación de incentivos apropiados para que los administradores controlen de modo eficiente la forma en la que se realizan las actividades de la empresa. Esto significa que es perfectamente posible explicar la responsabilidad contemplada en el artículo 1981 del Código Civil a la luz de la política de precauciones.

Leysser León Hilario: La norma del artículo 1981 es una fotografía de un momento de evolución del derecho civil francés de la responsabilidad civil extracontractual. Que “el superior responde” es una regla uniformemente aceptada en los países ligados a la tradición del *Civil Law*.

La Teoría de la Representación se remonta a fines del siglo XIX (recuerdo, habiéndome ocupado de la responsabilidad obligativa indirecta, hace más de una década, una reseña de Giampietro Chironi, pero también podría evocar el tratado de los hermanos Mazeaud, de la primera mitad del siglo XX, sucesivamente reeditado) e inspira el artículo 1976 de nuestro Código Civil, donde los daños cometidos por incapaces de discernimiento son fuente de responsabilidad civil para sus representantes legales, mientras que la teoría de la garantía tiene dos versiones: (i) la de la *garantía genérica*, que también se remonta a fines del siglo XIX (Vittorio Scialoja, Nicola Coviello, Giampietro Chironi, etcétera); y (ii) la de la *garantía*, simplemente, defendida por Boris Starck en Francia (su monografía es de 1947),

Temas de Responsabilidad Civil en Debate. Nuevas Tendencias *Civil Liability themes in discussion. New Tendencies*

que postula este concepto como fundamento (objetivo) de la responsabilidad civil en general (el deber general de actuar como garantes de los derechos de los demás). También mi Maestro, Luigi Corsaro, en páginas publicadas en IUS ET VERITAS, coincidentemente, desarrolla en el derecho italiano el concepto de la garantía, pero ligándolo con supuestos especiales de responsabilidad, como la responsabilidad por productos defectuosos o por vicios de una construcción, la responsabilidad por caída de edificios, la responsabilidad del propietario de vehículos y la responsabilidad de los comitentes por los hechos de sus dependientes.

Todas estas perspectivas han pretendido construir teóricamente y *a posteriori* una fundamentación a la decisión del legislador de hacer al comitente responsable de los daños derivados de los actos de sus dependientes. Son puntos de vista que en mayor o menor medida generan o aspiran a producir convicción, pero que no alteran la fuerza vinculante del mandato legal. A lo sumo trazan pautas que podrán ser atendidas por la administración de justicia al decidir las causas, con el compromiso de dar al texto normativo interpretaciones que sean concordantes con la razón de ser o con los móviles del legislador al dictar el precepto.

Por esta razón, por su papel de guías de lectura de la decisión legislativa, no veo, en principio, ningún inconveniente para admitir y construir nuevas perspectivas sobre el sentido y la justificación del artículo 1981. Sin embargo, la lectura sugerida en la pregunta, “en clave de capacidades de prevención” sugiere una doble reflexión.

La primera es que las capacidades de prevención constituyen una de las bases del planteamiento de los defensores de la teoría de la garantía. El *responsable* por el hecho ajeno es, precisamente, el sujeto que, dadas las circunstancias, se encuentra en

las mejores condiciones (el *garante*) para evitar un daño: los padres por los hechos de sus hijos, los maestros de oficio por los hechos de sus pupilos, los comitentes por los hechos de sus dependientes.

La segunda es que enfatizar el aspecto de la prevención devuelve al debate sobre la responsabilidad patronal un cariz subjetivo, porque todo análisis de prevención tiende a centrar la atención en la diligencia: prever, anticipar las consecuencias negativas de una acción u omisión y disponer lo necesario para conjurar dichas consecuencias es acreditativo de un comportamiento diligente, el cual puede asociarse, a su vez, con un modelo de comportamiento: el del hombre razonable, por ejemplo, como hacen varios exponentes del análisis económico del derecho, al momento de postular cómo deben distribuirse los riesgos, a la luz de la previsibilidad. No vaya a ser, entonces, que dirigiendo la mirada hacia estos aspectos, volvamos a crear espacios para los enfoques de tinte espiritual a los que sindica (muchas veces exageradamente) como obstáculos o frenos a la evolución de la responsabilidad civil.

En un caso de responsabilidad sanitaria recientemente resuelto mediante un laudo arbitral (en el que actué como abogado de los demandantes), una clínica privada ha sido condenada al pago de un resarcimiento a favor de los deudos de una paciente fallecida a causa de la flagrante negligencia profesional de uno de sus médicos. La pericia de oficio dispuesta por los árbitros, efectuada por una empresa de auditoría médica, halló pruebas de diez infracciones de obligaciones. Este es un caso en el que la actuación negligente del médico compromete directamente al deudor de la prestación sanitaria (clínica), pero que sin ningún problema pudo haber vinculado también, como responsable *por hecho propio*, al centro de salud mismo, porque una de las más graves y probadas faltas del médico a cargo del tratamiento que produjo la muerte de la paciente fue la práctica de la medicina en una especialidad que no tiene (haciéndose pasar por neumólogo, cuando su especialidad es la de cirujano general). Por esta vía, si bien resuelta con la aplicación del antes recordado artículo 1325 del Código Civil, se podría haber argumentado, en ausencia de la normativa especial, una responsabilidad directa y genuinamente objetiva de la clínica y de sus directivos, por ser estos los únicos actores del caso con posibilidades concretas para mantener a sus pacientes al reparo de los riesgos de la práctica irregular (e irresponsable) de la medicina en sus instalaciones. 