

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD POR INEJECUCIÓN DE
OBLIGACIONES EN EL PERÚ**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CIVIL

AUTOR:

EVER ALEJANDRO MEDINA CABREJOS

ASESOR:

MG. JOSÉ LUIS GABRIEL RIVERA

LIMA, 2021

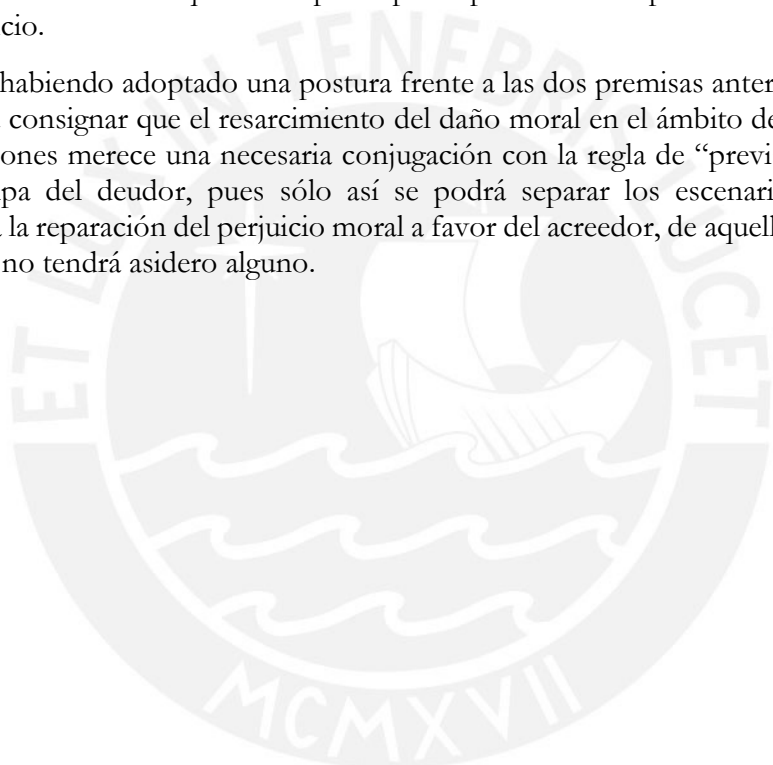
RESUMEN

La presente investigación se desarrolla dentro del campos del derecho de obligaciones y la responsabilidad civil, como es la presencia del daño moral en los supuestos de inejecución de obligaciones.

Lo que pretendemos primero es establecer el concepto de “daño moral” dentro del sistema jurídico peruano bajo los reflectores de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, ya que será con dicha definición que se podrá apreciar el marco de actuación del artículo 1322 del Código Civil.

Después, desarrollaremos el alcance del resarcimiento del daño moral en la inejecución o el incumplimiento de las obligaciones en la experiencia jurídica comparada, sobre todo la evolución y el actual entendimiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia, buscando principalmente los cánones que se emplean para aprobar o desaprobar la reparación del referido perjuicio.

Finalmente, y habiendo adoptado una postura frente a las dos premisas anteriores, lo que se procurará será consignar que el resarcimiento del daño moral en el ámbito de la inejecución de las obligaciones merece una necesaria conjugación con la regla de “previsibilidad” y los grados de culpa del deudor, pues sólo así se podrá separar los escenarios en los que corresponderá la reparación del perjuicio moral a favor del acreedor, de aquellos casos en los que este daño no tendrá asidero alguno.





*A María Isabel y Edward Ever, mi amada mamá y mi
amado papá, a quienes les debo todo en esta vida.*

AGRADECIMIENTOS

Deseo expresar mi más sincero agradecimiento al profesor José Luis Gabriel Rivera, por haberme guiado y aconsejado durante todo el camino que tuve que recorrer para dar por culminada la presente investigación, pero, sobre todo, por haberme obsequiado su valiosa amistad.

A todos los profesores que tuve la fortuna de conocer durante mi estadía en la Maestría de Derecho Civil de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pues fueron sus enseñanzas las que acrecentaron mi deseo de mejorar día con día en el campo académico y profesional.



ÍNDICE

RESUMEN	2
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTOS.....	4
ÍNDICE.....	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: EL DAÑO MORAL.....	9
1.1. La responsabilidad civil: por inexecución de obligaciones y aquiliana	9
1.2. El daño como elemento esencial de la responsabilidad civil.....	11
1.3. Noción de daño.....	14
1.4. Tipología del daño	19
1.4.1. Daño material: daño emergente y lucro cesante	20
1.4.1.1. Daño emergente.....	20
1.4.1.2. Lucro cesante.....	24
1.4.2. Daño moral	28
1.4.2.1. Posición doctrinaria en cuanto al daño moral en el Perú.....	29
1.4.2.1.1. Carlos Fernández Sessarego.....	29
1.4.2.1.2. Juan Espinoza Espinoza.....	30
1.4.2.1.3. Lizardo Taboada Córdova	31
1.4.2.1.4. Gastón Fernández Cruz	32
1.4.2.1.5. Fernando De Trazegnies Granda.....	35
1.4.2.1.6. Felipe Osterling Parodi.....	35
1.4.2.1.7. Leysser León Hilario	36
1.4.2.1.8. Rómulo Morales Hervias.....	38
1.4.2.2. Posición jurisprudencial en cuanto al daño moral en el Perú.....	38
1.4.2.3. Nuestra apreciación sobre el daño moral.....	45
1.4.2.3.1. El daño a la persona en Italia.....	45
1.4.2.3.2. El daño moral en el Código Civil de 1936.....	50
1.4.2.3.3. El daño moral y el daño a la persona en el Código Civil de 1984	53
1.5. Conclusiones del Capítulo I	56
CAPÍTULO II: EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES: ESTUDIO COMPARADO.....	57
2.1. Premisa.....	57
2.2. Sistemas jurídicos del <i>civil law</i>	57
2.2.1. Derecho europeo	57
2.2.1.1. Derecho francés	57
2.2.1.2. Derecho italiano.....	61
2.2.1.3. Derecho español	68
2.2.2. Derecho sudamericano	72

2.2.2.1. Derecho argentino	72
2.2.2.2. Derecho brasileño.....	77
2.2.2.3. Derecho chileno.....	81
2.2.2.4. Derecho colombiano.....	84
2.3. Cuerpos de armonización	86
2.4. Sistemas jurídicos del <i>common law</i>	87
2.4.1. Derecho inglés.....	88
2.4.2. Derecho estadounidense.....	90
2.5. Conclusiones del Capítulo II.....	91
CAPÍTULO III: EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES EN EL PERÚ.....	93
3.1. La inejecución de obligaciones en el Código Civil de 1984. Aspectos relevantes	93
3.1.1. El incumplimiento como hecho generador de “responsabilidad contractual”	93
3.1.2. La adopción de la regla de previsibilidad en la responsabilidad por inejecución de obligaciones y su vinculación con los daños directos e inmediatos	98
3.1.3. La culpa leve, la culpa inexcusable y el dolo en la inejecución de obligaciones	105
3.1.3.1. La culpa leve	105
3.1.3.2. La culpa inexcusable.....	106
3.1.3.3. El dolo	107
3.1.4. La acreditación del daño en la inejecución de obligaciones: el daño moral <i>in re ipsa</i>	108
3.2. La inejecución de obligaciones. El daño moral en el Código Civil y la doctrina	110
3.2.1. El Código Civil de 1936 y el daño moral en la inejecución de obligaciones	110
3.2.2. El daño moral en la responsabilidad por inejecución de obligaciones en el Código Civil de 1984	112
3.3. La inejecución de obligaciones. El daño moral en la jurisprudencia peruana	117
3.3.1. Daño moral en el despido de trabajadores	118
3.3.2. Daño moral en los accidentes de trabajo	125
3.3.3. Daño moral en las prestaciones médicas	139
3.3.4. Daño moral a favor de los usuarios de productos bancarios y seguros	148
3.3.5. Daño moral a favor del Estado	156
3.4. Conclusiones del Capítulo III	158
CONCLUSIONES	160
BIBLIOGRAFÍA	161

INTRODUCCIÓN

Dentro del resarcimiento del daño derivado de la inexecución de obligaciones, resulta interesante la previsión normativa que yace en el artículo 1322 del Código Civil. Este dispositivo señala que “[e]l daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

La norma de la cual hacemos referencia en el párrafo anterior, al momento de su consagración en el año de 1984 (fecha de publicación y entrada en vigencia del actual Código Civil), fue prácticamente novedosa, dado que, con excepción del ordenamiento jurídico argentino (Código Civil de Vélez Sarsfield, reformado por el Decreto Ley N° 17.711/68), en ningún otro cuerpo legislativo de la misma naturaleza a nivel comparado se hallaba una de carácter similar. Aunque cierto es que, a nivel jurisprudencial, luego de importantes discusiones y cambios de perspectivas, en sistemas como el francés, italiano y español, a nivel europeo continental, así como colombiano y chileno, a nivel sudamericano, ya se aceptaba que la lesión a un derecho de crédito podía generar menoscabos de corte inmaterial en el acreedor, situación que merecía el amparo de una pretensión resarcitoria bajo las reglas del incumplimiento de las obligaciones.

Sin embargo, en lo que concierne a nuestro medio, han sido dos los principales problemas que se han presentado en lo que respecta a la reparación de este tipo de perjuicios cuando se evidencia el omisión total o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación: i) determinar la noción del perjuicio, es decir, ¿qué se entiende por daño moral?; y, ii) los requisitos a cumplirse para que proceda el resarcimiento, esto es, ¿cuándo corresponde compensar al acreedor por los daños morales que padece por la inexecución de la prestación por parte del deudor?

Sobre el primero de los puntos, el inconveniente se acrecentó por la inclusión, en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, del “daño a la persona” (artículo 1985 del Código Civil), pues a partir de allí se inició una discusión a nivel doctrinario, extendida al campo de los fallos judiciales, sobre el alcance que dicho perjuicio tenía respecto del “daño moral”, es decir, si este se trataba o no de una especie que se reducía sólo al campo de la aflicción o el dolor emocional (*pretium doloris* o daño moral subjetivo), o si, por el contrario, el “daño a la persona” era un tipo de perjuicio moral (o inmaterial) que especificaba, como su propio nombre lo indicaba, sólo a los menoscabos que afectaban la integridad psíquica y física de las personas.

El segundo punto tiene más incidencia en el campo jurisprudencial, pues dada la redacción innegablemente lacónica del artículo 1322 del Código Civil, no se aprecia en las mayoría de las decisiones de nuestros magistrados, y quizás por la poca especificación realizada por la doctrina nacional, la conjugación de este dispositivo legal con las demás reglas para la procedencia de esta forma de resarcimiento, sobre todo con aquella que vincula la previsibilidad del daño con el grado de culpa del deudor (artículo 1321 del Código Civil), aspecto por lo demás relevante en lo referente a los perjuicios merecedores de tutela frente a la inexecución de las obligaciones en todas sus modalidades.

Dado este contexto, lo que se pretende, en principio, es la delimitación de los alcances conceptuales del daño moral, para, a partir de allí, precisar cómo es que este perjuicio puede tener cabida en el incumplimiento de las obligaciones, en concreto, verificar, en la mayor medida posible, en qué tipo de obligaciones su presencia puede ser considerada irrefutable y en que otros aparecen como altamente cuestionable. Ya teniendo claras ambas situaciones, será factible determinar la función que podría desplegar el resarcimiento por daño moral ante la inexecución de la prestación debida, más aún bajo el empleo de los lineamientos para su

concretización patrimonial en sede de responsabilidad contractual (culpa leve = daños previsibles / culpa inexcusable o dolo = daños imprevisibles).

Por lo tanto, la investigación está centrada a responder principalmente las siguientes tres interrogantes:

- i) ¿Cómo es que debe conceptualizarse el daño moral dentro del ordenamiento jurídico peruano?
- ii) ¿Cuáles es la forma de regulación del resarcimiento del daño moral en la inejecución o incumplimiento de obligaciones en el Derecho Comparado?
- iii) ¿Qué requisitos se deben cumplir para que proceda el resarcimiento del daño moral en los supuestos de inejecución de obligaciones de acuerdo al ordenamiento jurídico peruano?

Nuestra propuesta apoya una definición amplia de daño moral, entendida como un género que abarca todo menoscabo que se exprese en aminoraciones de bienes inmateriales no susceptibles de valoración económica, esto para que la reparación de dicho perjuicio bajo el estatuto de la inejecución de obligaciones sea plena cuando corresponda.

Por otro lado, siendo irrefutable la importación normativa como rasgo caracterizador de la técnica legislativa en nuestro ordenamiento jurídico (León Hilario, 2004, p. 28 y ss.), el análisis del derecho comparado, tanto en el campo legislativo, jurisprudencial y doctrinario, ayuda a advertir que existe una progresión sobre la idea favorable al resarcimiento del daño inmaterial, sin embargo, se advierte que ello debe ir acorde con las demás reglas que acompañan la reparación del perjuicio por la lesión al derecho de crédito.

Tomando en cuenta el desarrollo de las experiencias foráneas se ayuda a dar respuesta a la tercera pregunta, es decir, cumplir con la imperiosa necesidad de recrear el concepto de “previsibilidad” como “ámbito de asunción de riesgos” para que así el daño moral pueda ser resarcido de acuerdo con la naturaleza de la obligación, con los pactos suscritos por las partes y con los preceptos que son integrados por mandato de la ley, siempre que medie culpa leve, ya que de ocurrir culpa inexcusable o dolo, los perjuicios inmateriales podrán ser resarcidos incluso si se reputan “imprevisibles”.

Así, nuestra propuesta busca dejar en claro que en todo juicio de responsabilidad por inejecución de obligaciones en las que el acreedor reclame un monto dinerario por perjuicio moral, los artículos 1321 y 1322 del Código Civil deben ser analizados conjuntamente, así como con las demás normas que puedan hallarse implicadas por las aseveraciones realizadas por las partes, para determinar si el referido acreedor tiene o no derecho a la suma reclamada, tomando principalmente la previsibilidad del perjuicio.

CAPÍTULO I: EL DAÑO MORAL

1.1. La responsabilidad civil: por inejecución de obligaciones y aquiliana

Las personas ejecutan una variedad de actividades con el propósito de ver satisfechas sus necesidades. De esta manera, la actuación humana siempre tiene como premisa o punto de referencia a un “interés”, el cual se traduce normalmente como la exigencia propia de conseguir algún bien o un servicio. Como apunta Nicolò (2005), “el interés va entendido como una relación (en sentido muy amplio) entre el sujeto y el bien, que expresa como presupuesto un juicio del sujeto sobre la idoneidad del bien para satisfacer la necesidad y que compromete su voluntad para la obtención del bien mismo” (p. 106).

Sin embargo, dicha conducta tendiente a la consecución de provechos no puede dejarse sin más al libre arbitrio de los sujetos, pues ello traería consigo una sociedad en la que el más fuerte sería el único favorecido. Es por tal razón que se creyó necesario el establecimiento de reglas que determinen en qué casos el interés de un sujeto debe ser sacrificado a costa del de otro. Ese cúmulo de disposiciones que califican los intereses de los integrantes de la sociedad se denomina “ordenamiento jurídico”. Y es que, como refieren Torrente y Schlesinger (2019), “el sistema de reglas, modelos y esquemas a través del cual se organiza una comunidad y, por lo tanto, se regula y dirige (...) el desenvolvimiento de la vida social constituye el ‘ordenamiento jurídico’” (p. 4). En esa línea, el ordenamiento jurídico no viene a ser sino:

(...) un conjunto de normas que operan sobre el dato de la realidad humana, el cual está representado por intereses y actividades que se desarrollan sobre el plano social. La función que aquel ordenamiento cumple con esta intervención consiste en valorar, tutelar y dirigir la efectiva realización de una serie de actividades y, por ende, la satisfacción de un conjunto de intereses. (Escobar Rozas, 2002, p. 23)

Entonces, el “ordenamiento jurídico”, a través de sus mandatos, designará, atendiendo a la situación concreta en la que sea llamado a operar, qué interés debe primar respecto de otro, creando así situaciones de ventaja (interés beneficiado) y de desventaja (interés subordinado).

Dentro de las situaciones jurídicas de ventaja se tiene, por ejemplo, al “derecho subjetivo” y al “derecho potestativo”. El primero puede definirse como “el poder de realizar el propio interés (“derecho absoluto”, v.gr. derecho de propiedad), o de pretender que otro sujeto se comporte en interés del titular del derecho (“derecho relativo”, v.gr. derecho de crédito)” (Roppo, 2016, p. 48). El segundo, por su parte, se caracteriza por ser el “poder de incidir sobre las situaciones subjetivas de otros sin que el titular de la situación afectada pueda evitarlo” (Roppo, 2016, p. 49).

Ahora, en el campo de las situaciones jurídicas de desventaja se ubican, entre otros, el “deber jurídico”, la “obligación” y la “sujeción”. El deber jurídico “prohíbe comportamientos capaces de afectar el derecho subjetivo de los demás y, en particular, de ese tipo de derecho subjetivo que se define como ‘absoluto’” (Roppo, 2016, p. 52). La obligación “consiste en el vínculo impuesto a la acción del titular en interés de quien tiene un derecho subjetivo dirigido directa y exclusivamente hacia él (es decir, un derecho subjetivo relativo como el derecho de crédito)” (Roppo, 2016, p. 53). La sujeción “pesa sobre quien se encuentra expuesto al derecho potestativo ajeno y, por lo tanto, a sufrir modificaciones de alguna situación jurídica propia sin poder impedirlo” (Roppo, 2016, p. 53).

Sin embargo, hay una situación jurídica de desventaja que no hemos mencionado pero que resulta de gran relevancia para nuestro propósito: la “responsabilidad”. Roppo (2016) la define como aquella “situación en la que se encuentra el sujeto expuesto a sufrir las consecuencias, para él desventajosas, previstas a su cargo por una norma jurídica, atendiendo

a la verificación de algún presupuesto” (p. 53). En otros términos, la responsabilidad trae consigo un reproche que recae sobre un sujeto por su desavenencia a un mandato jurídico.

Dentro de las múltiples maneras en que se puede expresar la “responsabilidad”, la que aquí nos interesa es la de carácter civil, es decir, aquella que requiere para su configuración la existencia de un daño¹. En efecto, la responsabilidad civil comparece cada vez que se verifique en el plano de la realidad un perjuicio, un menoscabo que disminuya o aminore los alcances de una titularidad jurídica.

Pues bien, la responsabilidad civil, de acuerdo al diseño de nuestro Código Civil, se bifurca en dos: i) la responsabilidad por inexecución de obligaciones, identificada con la nomenclatura de responsabilidad contractual²; y, ii) la responsabilidad aquiliana, identificada con la nomenclatura de responsabilidad extracontractual. Sirena (2007) anota:

[E]s indispensable, desde el punto de vista técnico-jurídico, distinguir dos especies de ilícito (y, consecuentemente, de responsabilidad civil). El ilícito puede consistir sobre todo en la violación de un precedente contrato o en el incumplimiento de una obligación previa (...). Por razones históricas, la responsabilidad del deudor que incumple es calificada como contractual, prescindiéndose así de la fuente de la que emerge la obligación (que podría ser distinta a la del contrato).

El otro tipo de ilícito civil es el que se identifica más adecuadamente con esta expresión, el cual consiste en un comportamiento que causa molestia o turbación ocasional a otra esfera jurídica (por ejemplo, daños a la propiedad de otros debido a un accidente automovilístico). Nuevamente por razones históricas, la responsabilidad del agresor es comúnmente calificada como extracontractual o aquiliana (del nombre de la *lex Aquilia*, que introdujo este instituto en el Derecho Romano) (p. 242).

Lo que diferencia a una y otra expresión de responsabilidad civil es el escenario en el que se gesta el daño: será por inexecución o contractual si el perjuicio se deduce de la no materialización de la obligación, mientras que será aquiliana o extracontractual si entre el agresor y el damnificado no existe una relación obligatoria preexistente³. En términos sumamente sencillos lo exponen Nívarra, Ricciuto y Scognamiglio (2015): “mientras que la responsabilidad contractual (más correctamente, por incumplimiento de una obligación) exige la presencia de una relación obligatoria previa, la responsabilidad extracontractual prescinde completamente de ella”⁴ (p. 455).

¹ Puede existir también, por ejemplo, responsabilidad penal, pero cuyo presupuesto no resulta ser el daño, sino más bien el delito, e incluso su tentativa.

² Aquí cabe la precisión que realiza la doctrina sobre la categoría de “responsabilidad contractual”: “La responsabilidad contractual resulta de la violación de un derecho de crédito u obligación en sentido técnico. Verificamos, por lo tanto, que el calificativo corriente no se muestra riguroso, dado que, además de los contratos, existen otras fuentes de tales vínculos, cuyo incumplimiento ocasiona esa especie de responsabilidad civil. Pueden, del mismo modo, surgir de negocios jurídicos unilaterales e, inclusive, directamente de la ley” (Costa, 1999, p. 467).

³ Para un análisis detallado sobre las particularidades de cada régimen de responsabilidad en nuestro Código Civil se puede revisar: León Hilario (2017, pp. 158-159) y Morales Hervías (2006, pp. 640-641).

⁴ En Portugal, Ferreira Pinto (2020) dice bien que el criterio de distinción entre ambas responsabilidades es la preexistencia o no de un vínculo obligacional entre el causador y la víctima del daño. En estos términos, “la responsabilidad contractual puede ser definida como la que resulta de la violación de un derecho de crédito o de la inexecución (en cualquiera de sus modalidades) de una obligación en sentido técnico, cabiendo en la responsabilidad extracontractual todas las restantes hipótesis de ilícito civil, es decir, la violación de derecho absolutos y de disposiciones legales destinadas a proteger intereses ajenos” (Ferreira Pinto, 2020, p. 1967). No obstante, más adelante advierte que este criterio sencillo de diferenciación, en algunos escenarios, resulta ser de lo más problemático. Así: “La simplicidad del criterio apuntado es, con todo, meramente aparente. Desde luego, porque hay casos de frontera entre las obligaciones en sentido estricto y los simples deberes cuyo exacto encuadramiento doctrinal es dudoso. Es lo que pasa, a saber, con las relaciones que interceden entre los sujetos durante la fase negociadora de un contrato. Como se sabe, impone la ley que las partes procedan, tanto en la etapa preliminar, como en la formación del contrato, según las reglas de la buena fe, so pena de tener que responder por los daños que culposamente causaren. Ahora, no falta quien visualice en contactos así establecidos entre las partes una relación análoga a la contractual o una relación obligacional de fuente legal, configurando, consecuentemente, la violación al deber de hacer

Por lo tanto, “si existe incumplimiento de una obligación preexistente, la responsabilidad es contractual; si un sujeto causa un daño injusto a otro, y si los involucrados son extraños entre sí, y no están vinculados por una relación obligatoria preexistente, la responsabilidad es extracontractual”⁵ (Visintini, 2002, p. 109).

1.2. El daño como elemento esencial de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil, como mencionamos, requiere de un daño para que pueda entrar en acción. Sin la verificación de este requisito, la responsabilidad civil no podrá ser alegada. El efecto de la responsabilidad civil es la generación de una obligación de carácter resarcitoria, esto es, una obligación cuyo propósito es la compensación (normalmente pecuniaria) del menoscabo padecido, la misma que tendrá que ser pagada por el agente que causó el daño, o por otro que mantenga algún tipo de vinculación con este, a favor del perjudicado. Por esta causa la responsabilidad civil también suele ser identificada (si se aprecia desde el lado de la víctima) como “tutela resarcitoria”⁶. Acertadamente apunta Di Majo (2003): “Las reglas directas para garantizar la esfera del sujeto en el caso de que dicha esfera sufra daños encontrarán una expresión concreta en una forma autónoma de protección que se define comúnmente como ‘tutela resarcitoria’. (...) [E]sta tutela se sustancia en una obligación de resarcimiento a cargo de la persona responsable del daño” (pp. 167-168).

La idea del daño como presupuesto clave de la responsabilidad civil y la consecuencia resarcitoria de su constatación también ha sido resaltada por una importante doctrina portuguesa: “De la responsabilidad civil resulta la obligación de indemnizar ‘los daños’ sufridos por el damnificado. El daño se presenta como la condición esencial de la responsabilidad. Por más censurable que sea el comportamiento del agente, si las cosas salen bien y nadie resulta lesionado, no podrá ser sujeto a la responsabilidad civil” (Leitão, 2009, p. 333).

En la misma línea de pensamiento se puede ubicar a Filho (2014):

El daño es la ruta hacia la responsabilidad civil, se encuentra en el centro de la obligación de indemnizar. No habría que hablar de indemnización, ni de resarcimiento, si no fuera por el daño. (...) El deber de reparar sólo ocurre cuando alguien comete acto ilícito y causa daño a otro. En otras palabras, la obligación de indemnizar presupone el daño y sin el daño no hay indemnización debida (p. 92).

Ahora, el daño es imprescindible para cualquiera de los regímenes de responsabilidad civil, por lo que ya sea en sede extracontractual (aquiliano) o contractual (inejecución o

conforme a la buena fe como un caso de responsabilidad contractual. Para otros, por ejemplo, la responsabilidad precontractual tiene naturaleza delictual. (Ferreira Pinto, 2020, pp. 1968-1969)

El autor culmina su pensamiento indicando que las dudas sobre las concretas fronteras entre la responsabilidad contractual y extracontractual se debe a una constante invasión de la primera figura respecto de los dominios que cubría tradicionalmente la segunda, esto a propósito de específicos ordenamientos jurídicos que evidenciaban deficiencias en su legislación sobre la tutela de los derechos de los ciudadanos, aludiendo principalmente al sistema alemán y la creación de los deberes de protección, los cuales estaban destinados a suprimir las deficiencias de su régimen de responsabilidad aquiliana, de ahí la necesidad de cuestionarse si resulta oportuno o no su transposición a otros ordenamientos jurídicos (Ferreira Pinto, 2020, pp. 1971-1972).

⁵ Al respecto, no sería inadecuado trasladar aquí la precisión que realizan Monateri, Gianti, y Cenelli (2013), en el sentido de que no es imposible apreciar escenarios de responsabilidad extracontractual cuando entre las partes existe una relación obligatoria, pero tal forma de tutela se verificará cuando el daño no sea una derivación del incumplimiento de la prestación a cargo del deudor (p. 2).

⁶ Smorto (2005) “define como resarcitoria aquella forma de tutela destinada a garantizar a la persona que ha sufrido un perjuicio la imposición de una obligación de reparación del daño que estará a cargo del sujeto que resulte responsable” (p. 9).

incumplimiento de obligaciones), dicho elemento debe ser alegado y probado para el amparo de la pretensión resarcitoria.

La aclaración realizada *supra* tiene una gran razón de ser: no hace mucho se ventilan algunas opiniones dentro de la doctrina comparada sobre la no necesidad del daño para llegar a emplear las reglas de la responsabilidad civil. En el plano extracontractual, y solo como referencia, Albuquerque Júnior (2015) nos informa que en Brasil, a través de la corriente denominada “derecho de daños”, se ha forjado la convicción de concretar una “responsabilidad civil sin daños”, lo que se traduciría en la posibilidad de recrear el estatuto de la tutela resarcitoria ante un “potencial” perjuicio, es decir, buscar reparar el daño que aún no acontece, pero que tiene una alta probabilidad de existir, esto con un claro objetivo “preventivo”. Las conceptualizaciones vertidas se vieron reflejadas en la Carta de Recife⁷, puesto que en su tercer punto se dejó dictaminado lo siguiente: “El análisis crítico del daño en la actualidad, impone un camino de reflexión sobre la eventual posibilidad de imaginar una responsabilidad sin daño” (pp. 64-66).

Sobre el particular habría que forjar dos observaciones para alcanzar su desmitificación. Primero, existen ya mecanismos de tutela, totalmente ajenos a la responsabilidad civil, que actúan antes de la comprobación de un daño. Nos referimos por supuesto a la tutela inhibitoria, la cual se caracteriza por ser estrictamente preventiva. Así, Marinoni (2008) expresa: “**La acción inhibitoria** se dirige contra la posibilidad del ilícito, aunque se trate de una repetición o continuación. Está dirigida hacia el futuro, y no hacia el pasado. De modo que **nada tiene que ver con el resarcimiento del daño** y, en consecuencia, con los elementos para la imputación resarcitoria” (p. 36) (el resaltado es nuestro).

Segundo, si bien la naturaleza de la tutela inhibitoria expresa prevención, ello no quita que la responsabilidad civil también pueda cumplir dicha finalidad, empero, su manifestación es totalmente diversa. Mientras la tutela inhibitoria se muestra siempre *ex ante* a la producción del perjuicio (incluso puede que este nunca llegue a ocurrir), la tutela resarcitoria decanta su función preventiva tanto de forma *ex ante* como de forma *ex post*: Decimos *ex ante* pues hay una especie de amenaza permanente contra la sociedad toda, en el sentido de que si alguno de sus miembros causa un daño a alguien tendrá que asumir el pago del respectivo resarcimiento. Decimos *ex post* ya que la condena de la obligación resarcitoria a un sujeto gesta un mensaje hacia la sociedad con el objetivo que crear incentivos para la adopción de adecuados mecanismos de prevención y con ello evitar un menor número de accidentes (Püschel, 2005, p. 95).

Ahora, en lo que concierne al plano contractual de la corriente “responsabilidad sin daño”, Visintini (2002) nos informa que algunos autores franceses vienen sosteniendo que para responsabilizar al deudor por el incumplimiento de un contrato no es necesario que el acreedor alegue haber sufrido perjuicio alguno⁸. Así:

[Se partía] de la comprobación de que el resarcimiento del daño y el pago de intereses moratorios a causa del incumplimiento no persigue la finalidad de reparar un perjuicio, sino de procurar al acreedor, mediante un equivalente, el mismo beneficio que él esperaba de la ejecución del contrato, que no llegó a buen fin.

(...)

⁷ La Carta de Recife es un documento extendido en el “Encuentro de los Grupos de Investigación en Derecho Civil Constitucional de la Universidad de Pernambuco, de la Universidad Federal de Paraná y de la Universidad Estatal de Rio de Janeiro”, los días 2 y 3 de mayo del año 2013 (Albuquerque Júnior, 2015: 66).

⁸ Esta sería una tendencia que iría en contra de las ideas tradicionales de la doctrina francesa, la cual suele entender que la responsabilidad, contractual no queda comprometida sino en cuanto el deudor haya causado un daño al supuesto acreedor (Josserand, 1950).

El acreedor (...) no tiene necesidad de demostrar la culpa del deudor, ni un perjuicio distinto de la inejecución de la obligación contractual; es suficiente que demuestre el incumplimiento, para que su derecho de crédito se expanda, y pueda fundar la acción en vía judicial. (pp. 85-87)

A pesar del esfuerzo, estas ideas han sido combatidas y deslegitimadas por otro sector de la doctrina francesa. Por ejemplo, Larroumet (2004) afirma que la jurisprudencia de su país no acepta el reclamo resarcitorio de vía contractual sin la prueba del daño, además, desde el plano legislativo, el artículo 1149 del Código de Napoléon⁹ señala que la responsabilidad contractual reparará el daño emergente y el lucro cesante, entonces -se pregunta-, “¿[c]ómo se podría evaluar un elemento que no existe? Los daños y perjuicios deben corresponder al daño padecido en sus varios elementos, sea la pérdida experimentada y el lucro cesante. No hay pérdida experimentada y tampoco lucro cesante si el daño no existe” (p. 21).

Otra ferviente crítica a la doctrina que niega el daño como presupuesto de la responsabilidad contractual se halla en que el aparente “cumplimiento por equivalente”, que representaría el resarcimiento pecuniario por el incumplimiento, se toparía con graves inconvenientes en los casos de obligaciones con prestaciones de hacer:

En el escenario de las obligaciones de comportamiento, las cuales imponen hacer o no hacer alguna cosa, la asimilación de los daños y perjuicios a la compensación de la misma inejecución a una forma de ejecución parece (...) inexacta (...) porque la ejecución se agota en la prestación prometida. No se puede, entonces, hablar de ejecución para una obligación que exige un comportamiento, si ese comportamiento es observado. Dicho de otra manera, tal obligación no puede ser ejecutada sino en especie. (Viney citada por Espinoza Espinoza, 2017a, p. 254)

Con todo esto la jurisprudencia francesa ya se ha decantado por la necesidad de la alegación y prueba del daño para que pueda progresar la pretensión de responsabilidad contractual planteada por el acreedor:

Una cosa es el cumplimiento, voluntario o forzoso, de una obligación, y otra es la reparación del daño causado por el incumplimiento -parcial o total, temporal o definitivo- de la obligación, siempre que de ello se derive un daño o un perjuicio. No sin vacilar, la Corte de Casación se pronunció claramente, decidiendo que la inejecución de una obligación contractual no basta para fundamentar la concepción de un resarcimiento. (Terré, Simler, Lequette, y Chénéde, 2019, p. 889)

En nuestro medio, la doctrina estima que para la viabilidad de la responsabilidad por inejecución de obligaciones se requiere de un daño o perjuicio. León Barandiarán (1997), comentando el artículo 1320 del Código Civil de 1936¹⁰ (similar a nuestro artículo 1321 del Código Civil de 1984), reconocía que:

La obligación debe ser siempre exigible en su forma natural. Solo si esta no llega a efectuarse, entonces tiene lugar la indemnización compensatoria de los **daños y perjuicios** (...). Se sobrentiende que únicamente un incumplimiento que entraña **perjuicio para el acreedor**, abre la acción respectiva de responsabilidad, por razón de tal “interés positivo” o de “cumplimiento” (p. 617) (el resaltado es nuestro).

⁹ A propósito de la *Ordonnance* N° 2016-131 que reformó, en el año 2016, la estructura del Código en lo referente a las obligaciones y los contratos, el artículo 1149 fue removido al artículo 1231-2, el cual dispone: “Los daños y perjuicios debidos al acreedor serán, en general, los de la pérdida que haya sufrido y la ganancia de que haya sido privado, salvo las excepciones previstas a continuación”.

¹⁰ **Artículo 1320 del Código Civil de 1936.**- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquel que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniera a ellas.

En la vigente legislación, para que no quede duda sobre el rol del daño como requisito imprescindible en la estructura de la responsabilidad contractual, el artículo 1321 del Código Civil prescribe lo siguiente:

Queda sujeto a la **indemnización de daños y perjuicios** quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto **el daño emergente como el lucro cesante**, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al **daño** que podría preverse al tiempo en que ella fue contraída (el resaltado es nuestro).

Por ende, “la responsabilidad del deudor no queda compretida si no cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño al acreedor” (Osterling Parodi, 2015: 52).

Con todo lo anotado no debe quedar duda alguna de que la responsabilidad civil, extracontractual o contractual, debe quedar siempre sometida a la constatación de un daño, de lo contrario no podrá ser utilizada.

1.3. Noción de daño

Dado que el “daño” es la clave de la responsabilidad civil, deviene en una labor necesaria determinar su noción.

Este es ciertamente un trabajo complejo, pues en cada manual escrito sobre tutela resarcitoria se han forjado disímiles definiciones respecto del “daño”. Esta dificultad se complementa con las sentencias expedidas por distintas Cortes y alguno que otro dispositivo legal. Y es que, como anota Díez-Picazo (1999), “la dificultad que presenta la construcción de un concepto jurídico de daño, que resulte mínimamente satisfactorio, es que debe situarse en un ámbito genérico que pueda dar respuesta a una serie de problemas” (p. 307). Con esta advertencia pasemos a buscar y encontrar una posible definición sobre el “daño”.

Si bien el Código Civil peruano de 1984 no contiene una definición expresa de “daño”, observamos que el novedoso Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en su artículo 1737, sí nos ofrece una. Este va así: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”. Del tenor del dispositivo tenemos que el daño se identifica, sin más, con la lesión de un derecho o un interés relevante. Con ello bastaría presenciar un menoscabo en la esfera jurídica de un sujeto para proceder a brindar un monto resarcitorio vía responsabilidad civil, al margen de si se constata o no una consecuencia negativa de dicho evento.

Sin embargo, cuando se acude a los comentarios que se forjaron sobre dicha norma, se tiene que este debe ser necesariamente interpretado con los artículos 1738 y 1741 del mismo cuerpo de leyes (Picasso y Saéñz, 2016, p. 444). El primero de ellos señala que:

La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente **las consecuencias de la violación de los derechos** personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida (el resaltado es nuestro).

El segundo por su parte prescribe: “Está legitimado para reclamar la indemnización de las **consecuencias** no patrimoniales el damnificado directo. (...)” (el resaltado es nuestro)

No parece adecuado, entonces, entender al daño como el simple atentado sobre un interés, puesto que este (el daño) más bien tiende a corresponderse con el resultado de tal atentado. Las secuelas de la contravención a un derecho parecerían ser propiamente el rasgo esencial y característico del daño.

Si damos una mirada a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, se logrará apreciar que en el artículo 2:101 se consigna que “el daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido”. Martín Casals (2005: 8) apunta sobre el asunto que “si bien los Principios no llevan a cabo una enumeración cerrada de cuáles son los intereses protegidos, sí consideran conveniente señalar **la lesión de un interés jurídicamente protegido como presupuesto del daño** y establecer una cierta jerarquía de intereses cuya lesión dará lugar a indemnización” (el resaltado es nuestro).

Del comentario vertido por el autor español podemos percibir claramente que la lesión de un interés y el daño no logran confundirse, pues el primero viene a ser el presupuesto para la presencia del segundo.

Lo mismo podría extraerse del artículo 9:501.1 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos: “La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte (...)”. Con igual fórmula, el artículo 104 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos dispone que: “Cuando el incumplimiento cause perjuicios, el deudor debe indemnizar”. Sobre estos dispositivos, la “indemnización” se debe no por el mero hecho del incumplimiento (lesión al interés crediticio), sino por las consecuencias nocivas que de ese acontecimiento se deriven, es decir, por los daños o perjuicios resultantes.

Acudiendo ahora al Código Civil peruano, el primer párrafo del artículo 1321 reconoce que “queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”. Nuevamente aquí se logra apreciar una dicotomía entre el menoscabo a un interés (en este caso sería el derecho de crédito que ostenta el acreedor) y la consecuencia resultante, que no vendría a ser otro que el daño, la que condiciona finalmente el otorgamiento de un resarcimiento. Esto ha sido incluso reafirmado por la Corte Suprema en la Casación N° 3542-2015-Arequipa:

Octavo.- (...) si bien es cierto se ha demostrado la existencia del elemento antijuricidad en el proceder de la demandada por un cumplimiento contractual, sin embargo, ello no significa que cause daño, en este caso, lucro cesante, pues le correspondía al accionante no sólo alegar debidamente que se le ha causado un daño, sino que debía indicar en qué hechos, acciones, negocios, condiciones, etc. habría consistido el patrimonio que ha dejado de percibir y a su vez presentar documentación suficiente que pruebe sus alegaciones, por lo que no se advierte la falta de motivación alegada por el recurrente.

(...)

Décimo segundo.- (...) para que haya un daño contractual que deba ser resarcido, no basta que se incumpla la obligación y que tal incumplimiento sea imputable al deudor, sino es necesario también, que **dicho incumplimiento produzca un perjuicio** (el resaltado es nuestro).

En igual sentido tenemos al artículo 1985 del Código Civil: “la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño (...)”. La conducta que ocasiona el perjuicio, que se identifica con la lesión de la esfera de un sujeto determinado,

es diferente a la consecuencia que de esta resulte, la misma que tendría que ser entendida como “daño”.

Con todo este recorrido parece que no podría compartirse una definición de daño como la esbozada por Roca (2007), pues entiende que “daño injusto que obliga a la reparación es aquél que supone la lesión de un interés jurídicamente relevante” (p. 183).

Pensamos que una definición de daño acorde con los datos que hemos venido obteniendo se ubica en la obra de Larenz. Este autor enuncia que daño “es el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio” (Larenz, 1958, p. 193). De esta descripción se logra desprender una identificación entre el término daño y consecuencia del evento lesivo.

Acudiendo a la doctrina nacional, que incluso parece ser más escrupulosa en cuanto a la delimitación de la noción de daño, encontraremos que León Hilario (2017) especifica que el evento generador tiene necesariamente que distinguirse del daño: “El evento (...) pertenece al mundo de los hechos jurídicos: es una manifestación ‘real’, que contraviene un interés protegido por el derecho, un fenómeno físico, apto para impedir que dicho interés sea satisfecho” (p. 261). En ese sentido, apunta que “el daño es una ‘cualidad’ de las situaciones que subsiguen al evento; no se identifica, entonces, con su antecedente fáctico: lo califica, más bien, en términos económicos” (León Hilario, 2017, p. 261).

Entonces, resulta “plausible diferenciar la noción de lesión de un interés, del concepto de daño, y dar así a este concepto, en sentido técnico, el significado de consecuencias perjudiciales que se derivan de la lesión de un interés”¹¹ (Cortés, 2009a, p. 48-49), lo que aplica tanto para supuestos de responsabilidad contractual como extrancontractual.

A pesar de todo lo hasta aquí enunciado, convendría repasar una observación interesante sobre esta forma de conceptualizar el daño. Se ha sostenido que el entendimiento del daño como consecuencia negativa de la contravención a un interés jurídicamente relevante no se podría predicar respecto de aquellos que recaen sobre los derechos de la personalidad, esto porque mermar un derecho que integra la propia esencia del sujeto (intimidad, honor, por ejemplo) genera de por sí una lesión susceptible de ser tutelada por la responsabilidad civil. Un autor que ha desarrollado esta premisa es Jourdain (2011), pues en uno de sus trabajos refiere que “la vulneración del interés [personal] protegido constituye en sí misma un perjuicio moral que merece reparación (...)” (pp. 364-366).

Sin embargo, se debe aclarar que la afirmación transcrita *supra* se forja a propósito de algunos pronunciamientos de la Corte de Casación francesa al interpretar el artículo 9 de su Código Civil, dado que este dispositivo consigna que “[t]odos tienen derecho a que se respete su vida privada. Sin perjuicio del daño sufrido, los jueces pueden adoptar cualquier medida encaminada a impedir o hacer cesar una intromisión a la intimidad de la vida privada, como el secuestro, el embargo y otras (...)”. A partir de ello, los magistrados del país galo vieron una especie de “régimen especial” para los casos de daños contra los derechos de la

¹¹ La precisión es adecuada porque en el ordenamiento jurídico francés, del cual hasta el día de hoy somos tributarios en materia de responsabilidad civil, existe un gran sector de la doctrina que admite una distinción entre “daño” y “perjuicio”. Terré, Simler, Lequette, y Chénéde (2019) recientemente han señalado que: “La distinción entre daño y perjuicio ha traído la atención de los autores mucho más que en el pasado. Mientras que el daño se definiría ‘como toda lesión sufrida, atentado a un bien o a una persona’, el perjuicio sería ‘la consecuencia’. Más concretamente, ‘una cosa es la lesión, un atentado al cuerpo (daños corporales), a las cosas (daños materiales), a los sentimientos (daño moral); y otra cosa son las repercusiones de la lesión, del atentado, las consecuencias de estos acontecimientos” (pp. 1001-1002).

Evidentemente nosotros no participamos de esta diferenciación en su totalidad, dado que concebimos al daño y al perjuicio como expresiones equivalentes, cuya noción vendría a ser la secuela del evento que se concreta en la lesión a un bien jurídico valioso para el ordenamiento jurídico.

personalidad (intimidad, específicamente), por ejemplo, en el informe de la Corte de Casación francesa del año 2000 se mencionaba que “el régimen de protección al respeto de la vida privada estatuido por el artículo 9 del Código Civil (...) es autónomo y específico (...). No se encuentra más sometido a las reglas de la responsabilidad civil (...). Se trata de la prevención y/o reparación de la lesión a un derecho subjetivo particular” (Jourdain, 2011, p. 368).

En la doctrina italiana podemos encontrar un mismo parecer en la obra de Scognamiglio. Este autor, en lo referente a derechos como la integridad física, el honor o la libertad, se hacía la siguiente interrogante: “¿cómo podría negarse que la agresión a intereses tan fundamentales de la personalidad humana constituye un verdadero daño?”, dando como respuesta que, en estos casos, “el daño se realiza y manifiesta en su naturaleza propia ante todo, en la sola lesión de los bienes de la persona (...)” (Scognamiglio, 1962, pp. 31-32).

Entonces, por el momento no tenemos una noción unívoca del término “daño” dentro del campo de la responsabilidad civil, pues todo parece indicar que “daño” como consecuencia de la lesión a un interés tutelables encuadra perfectamente en supuestos de aminoración del activo patrimonial, empero lo mismo no parece acontecer cuando el agravio se da en derechos distintos a los de naturaleza económica, puesto que aquí la palabra “daño” alcanzaría a mimetizarse más bien con el atentado, al margen de sus repercusiones, de los derechos de la personalidad.

Ahora, ¿plantear un alcance dual del daño resulta ser perjudicial para nuestro ordenamiento jurídico? Por nuestra parte pensamos que no, dado que la función que subyace en la reparación de un perjuicio material viene a ser totalmente opuesta al del perjuicio inmaterial¹², de ahí que no se pueda brindar una definición única y totalizante. Lo que queremos decir es que lo que marca el carácter definitorio del daño es la función que este logrará cumplir en un juicio de responsabilidad específico: en los daños materiales no cabe duda que el objetivo a concretar es la reintegración patrimonial del agraviado, es decir, una correcta y exacta compensación pecuniaria, por lo que es forzoso e importante determinar las secuelas del infortunio; pero en los daños inmateriales, que son inestimables económicamente, su finalidad se torna bifurcada entre una de carácter aflictivo-consolatoria y otra de carácter punitiva-sancionadora, lo que no condiciona la investigación profunda de los resultados del menoscabo, al menos de forma apriorística.

Por eso compartimos a cabalidad el pensamiento de Salvi (2001):

Según una consideración funcional, el daño y el resarcimiento se revelan hoy, en efecto, como categorías (cada una de ellas) heterogéneas, y ya no unificadas por la dimensión económica (...) que concebía el daño como una diferencia patrimonial negativa.

Esta observación no implica que el daño constituya una figura general y abierta, sino más bien que los tipos de acontecimiento frente a los cuales se ha dispuesto el remedio resarcitorio han sido diferenciados, y que son igualmente diferentes las funciones que la tutela está llamada a desarrollar, según el “tipo” de daño frente al cual aquella haya sido dispuesta. **No existe más, entonces, “el” daño en general, sino distintas figuras del daño** (pp. 287-288) (el resaltado es nuestro)

¹² Gazzoni (1998) expresaba que el resarcimiento por daños patrimoniales tiene la función de compensar la disminución de los ingresos; en cambio, la reparación del daño moral tiene una función punitivo-sancionadora para el agresor y, además, consolatoria (*pretium doloris*) para el damnificado (pp. 693-694).

Tal vez una reflexión similar fue la que desarrolló León Hilario (2017) cuando decidió ampliar los márgenes de su noción de “daño” como elemento central de la tutela resarcitoria, pues en la última edición de su obra se lee lo siguiente:

Existen casos en los cuales la responsabilidad civil opera aunque no existan “consecuencias” perjudiciales verificables mediante prueba. Ello sucede, ejemplarmente, cuando la lesión recae en derechos de la personalidad constitucionalmente tutelados como la intimidad o el honor (...). Lo mismo ocurre cuando se demanda daños morales puros (padecimiento anímico, sufrimiento o dolor) en atención a eventos como la muerte de un ser querido (...). **La violación, en sí misma, del derecho de la personalidad tutelado constitucionalmente, tiene que ser objeto de un resarcimiento** (p. 39) (el resaltado es nuestro)

En conclusión, la noción de daño debe ser entendido de dos maneras distintas: i) para daños materiales: consecuencia o resultado del atentado a un interés jurídicamente relevante; y, ii) para daños inmateriales: lesión directa o indirecta a los derechos de la personalidad, sin esperar un necesario correlato del evento perjudicial. Esta posición se toma a partir de las funciones dicotómicas que cumple la responsabilidad civil en uno y otro daño.

Ahora, que se evidencie un daño no importa necesariamente el otorgamiento de un monto resarcitorio, por lo que “daño” no equivale siempre a “daño resarcible”. Esto por supuesto también debe predicarse cuando el perjuicio recae en un derecho fundamental, por ejemplo, Cortés (2006), siguiendo la pauta establecida en Italia por Navarretta, precisa que “el derecho al pago de una suma de dinero no es una consecuencia que se siga de manera necesaria a la violación de un interés protegido por la Constitución; es decir, derechos inalienables de la persona no quiere decir, automáticamente, derechos resarcibles” (p. 177).

Y es que, en los juicios de responsabilidad civil, siempre existe una confrontación de intereses: la de la víctima (acreedor) y la del victimario (deudor), que no permite aseverar a rajatabla que la pretensión de la primera siempre debe ser predominante respecto de la segunda. Por eso, el que es llamado a resolver la controversia tiene que ser muy agudo al momento de proceder con el cotejo de los intereses en juego.

En tal sentido, en lo que a tutela resarcitoria se refiere, la evaluación “sólo puede derivarse de un análisis concreto y dinámico (no abstracto ni estático) de los intereses contrapuestos en cada conflicto particular, es decir, que no se resuelvan en aceptaciones generales supuestamente válidas para todos los casos, sino que se limiten a ponderar los intereses a la luz de las circunstancias peculiares que rodean a cada acontecimiento” (Schreiber, 2009, p. 138). Por eso Di Majo (2003) era muy enfático cuando mencionaba que:

(...) la regla de responsabilidad nunca es incondicional, pero sí incorpora una evaluación comparativa de intereses en conflicto. Esto significa que la esfera de cada sujeto no está protegida *tout court* contra la ocurrencia de daños que de ninguna manera están sujetos a evaluaciones jurídicas (en términos de injusticia o, en cualquier caso, de falta de causas de justificación o en clave de comparación entre los intereses del agresor y el agraviado). Por lo tanto, la fórmula actual según la cual el daño por el que se ha hecho a un sujeto responsable debe ser *contra ius* y/o injusto o *non iure* (p. 177)

Estas premisas, a pesar de haber sido desarrolladas propiamente para las hipótesis de responsabilidad aquiliana¹³, vienen a ser también empleables en el campo de la inejecución de obligaciones. Como nos informa Pérez Velásquez (2016) en su estudio sobre la

¹³ Por ejemplo, Salvi (2001: 286) expresaba que “[e]l mero perjuicio (económico o de otro género) que un sujeto experimenta por el hecho de un tercer no es de por sí idóneo para activar ninguna forma de reacción del ordenamiento. Dicha reacción sólo tiene lugar después de la formulación de un juicio de disvalor sobre el suceso dañoso y, por lo tanto, sobre la exigencia de intervenir”. Opiniones similares se pueden encontrar en Borghetti (2014, p. 289) y Campos García (2012, p. 222 y ss.).

responsabilidad por incumplimiento: “[N]o todo daño (...) será objeto de tutela por el ordenamiento jurídico. La amplitud de su concepto como fenómeno material, como constatación fáctica de un perjuicio o situación desventajosa, precisa una delimitación, al objeto de determinar cuáles serán objeto de tutela jurídica, o lo que es lo mismo, qué daños o perjuicios adquieren relevancia jurídica” (p. 149).

Ahora bien, para la determinación de los daños resarcibles en este tipo de supuestos se deberá observar necesariamente la estructura adoptada por nuestro Código Civil. Por el momento basta con acudir al artículo 1321 para advertir que el resarcimiento a favor del acreedor se encuentra limitado por la “previsibilidad de los daños”, siempre que el deudor actúe con culpa leve, ya que si la conducta es dolosa o calificada como culpa inexcusable, el daño resarcible incluirá también todo aquello que no haya sido previsto.

El dispositivo enunciado *supra* establece en su último párrafo que “[s]i la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”. Un ejemplo que grafique lo esgrimido podría ir de la siguiente manera: “X” se compromete contractualmente a llevar adelante una prestación a favor de “Y”, dicho contrato es ejecutado de forma parcial, lo que ocasiona en “Y” los daños “a”, “b” y “c”, sin embargo, como la actuación de “X” se encuentra teñida de culpa leve, este deberá responder solo por los perjuicios previsibles, que en este caso era únicamente “a”. Como se aprecia, se manifestaron tres daños (“a”, “b” y “c”), pero solo uno tenía el carácter de resarcible (“a”).

Por lo tanto, los perjuicios reparables en el campo de la responsabilidad por la inexecución de una obligación “tendrán que ser analizadas en cada supuesto de incumplimiento injustificado. Ello, sin duda, dificulta la determinación del alcance y la extensión del daño resarcible antes de la constatación de las circunstancias concurrentes en cada caso” (Pérez Velásquez, 2016: 18).

1.4. Tipología del daño

En aras de generar un orden en el estudio de la figura del daño dentro de la responsabilidad civil, casi siempre se suele forjar una clasificación respecto de dicho elemento. La clave de su diferenciación se ha visto pauteada por la determinación o no de la patrimonialidad del perjuicio, esto es, si el daño es susceptible o no de traducirse en algún tipo de valor monetario. Si la respuesta es afirmativa estaríamos frente a un daño material o patrimonial, si la respuesta resultase ser negativa hablaríamos más bien de un daño inmaterial, moral o extrapatrimonial. Como bien ha especificado Leitão (2009):

La diferencia entre perjuicios patrimoniales y perjuicios no patrimoniales (o morales) no tiene que ver con la naturaleza del bien afectado, si no más bien con el tipo de utilidades que ese bien proporcionaba y que se vieron frustradas con la lesión. Así, si alguien causa una lesión al cuerpo de otro, este sufre daños no patrimoniales, correspondientes al dolor y sufrimiento físico soportados, pero también puede sufrir daños patrimoniales, correspondientes a la reducción del valor de su fuerza de trabajo. De la misma forma, la lesión de una cosa puede provocar daños patrimoniales como la disminución de su valor comercial, más también daños no patrimoniales, si esta tiene un elevado valor estimativo (p. 337)

Así, lo importante para esta clasificación es la calificación del efecto que se genera luego de constatar la lesión al bien específico¹⁴. Como ya se dijo, puede que se merme una entidad con

¹⁴ Monateri, Gianti, y Cenelli (2013) dicen bien que “la patrimonialidad del daño, por lo tanto, no es una cualidad deducible *a priori* del interés lesionado, más bien depende de las consecuencias del evento lesivo sobre los bienes del damnificado” (p. 79).

carácter patrimonial, pero que, sin embargo, los daños sean morales (o no patrimoniales). De igual manera, es posible que se menoscabe un “bien” espiritual, de contenido no económico, pero que sea susceptible de engendrar perjuicios patrimoniales.

1.4.1. Daño material: daño emergente y lucro cesante

El daño material es aquél que involucra la disminución del patrimonio del damnificado. Empero, este tipo de daño puede alcanzar no sólo el patrimonio presente de la víctima, sino que además el futuro; puede no sólo provocar su reducción, sino también impedir su crecimiento, su aumento. Por eso, el daño material se subdivide en daño emergente y lucro cesante (Filho, 2014, p. 94).

Como dice Gallo (2019):

El daño emergente consiste en la disminución sufrida por el patrimonio de la parte ofendida, el lucro cesante consiste en la pérdida de ingresos resultante de la lesión. Si, por ejemplo, una empresa entrega a un barista una máquina defectuosa para hacer café, se le obligará no sólo a mantener indemne al barista de los gastos efectuados para las reparaciones (daño emergente), sino también a resarcirle por la pérdida de beneficios derivada de la imposibilidad de utilizar la máquina (lucro cesante) (p. 335).

Entonces, “el daño emergente comprende la pérdida o disminución de valores ya existentes en el patrimonio del lesionado; y el lucro cesante se refiere a los beneficios que este dejó de obtener como consecuencia de la lesión, esto es, el crecimiento patrimonial frustrado” (Costa, 1999, p. 518).

1.4.1.1. Daño emergente

El daño emergente, también llamado positivo, importa la efectiva e inmediata disminución en el patrimonio de la víctima en razón de la conducta generadora del perjuicio. Su cuantificación no lleva a mayores inconvenientes, pues por regla general representará la diferencia del *quantum* patrimonial entre el antes y el después de la presencia de la lesión (Filho, 2014, p. 94).

En suma, los daños emergentes corresponden al monto indispensable para eliminar las pérdidas económicas efectivamente derivadas de la lesión, reequilibrando así el patrimonio de la víctima. Se configuran los daños necesariamente nacidos de la acción u omisión dañina. Asimismo, no siempre el daño emergente consistirá en la disminución del activo del perjudicado, pues podrá eventualmente resultar en el aumento de su pasivo, en aquellas hipótesis en que se encuentra en situación de insolvencia y la lesión acentúa su debilidad económica (Farias y Rosenvald, 2015a, p. 223).

Galgano (2011), en cuanto al daño emergente por la inexecución de obligaciones, lo grafica así: “Las mercancías confiadas al transportista, por ejemplo, perecieron durante el transporte: el daño resultante es aquí igual al dinero necesario para recomprar mercancías del mismo tipo y cantidad en el mercado” (p. 93). Otra manifestación del daño emergente lo expone Inzitari (2001): “El valor de las formas de parmesano depositadas en poder del deudor para su mantenimiento y que, por desgracia, se malogran irremediablemente por culpa del deudor, que no mantuvo en sus locales las condiciones higiénicas requeridas, así como la temperatura y humedad prescritas para su correcta conservación” (p. 500).

En el Código Civil se reconoce la resarcibilidad del daño emergente en los casos de responsabilidad por inexecución de las obligaciones en el artículo 1321: “El resarcimiento por

la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende (...) el daño emergente (...)”¹⁵.

Una expresión de la reparación del daño emergente se puede encontrar en la Casación N° 1893-2015-Lima, específicamente en el recuento de las decisiones de primera y segunda instancia, pues en el pronunciamiento de la Corte Suprema no se ejecuta alguna valoración sustantiva de la controversia. En este caso una empresa del rubro minero (Proveedores Mineros S.A.C.) había demandado el resarcimiento por daños a su corredora de seguros (Harten & Asociados Corredores de Seguros S.A.C.) por la suma de US\$ 153,875.48 (daño emergente) más intereses legales, puesto que se había incumplido con ciertas obligaciones de información propias de la mencionada estructura contractual. La empresa demandante alegaba que se dedicaba a la importación de productos para el despliegue de la actividad minera; en ese sentido, por consejo de la empresa corredora decidió adquirir una póliza denominada “flotante”, pues aparentemente le traía mejores ventajas respecto de las demás; sin embargo, la empresa demandada no cumplió con informarle de forma detallada y exacta el contenido de las cláusulas del contrato, tampoco la asesoró sobre las coberturas más convenientes respecto de la naturaleza del riesgo que pretendía asegurar, muchos menos se llegó a advertir lo concerniente a las condiciones de la póliza y las obligaciones que debían cumplir para que la cobertura se mantenga. Con todo ello, una vez verificado el siniestro (robo de mercadería), la aseguradora no desembolsó ningún monto dinerario, pues constató que la asegurada no había cumplido con ciertos presupuestos indispensables para el pago de la indemnización, lo que trajo consigo una gran pérdida económica en la empresa recurrente.

El juez especializado amparó parcialmente la pretensión:

Segundo.- (...) En cuanto al daño, está probado que la empresa demandante sufrió el robo de la mercadería por un monto equivalente a lo que constituye el monto del petitorio. Al respecto, cabe en este punto preguntarnos si corresponde trasladar todo el costo del daño sufrido a la empresa demandada, o si acaso la entidad demandante contribuyó en cierta medida a que la empresa aseguradora denegase resarcir las consecuencias de tal evento dañoso. Si bien se encuentra probada la ausencia de diligencia ordinaria en el proceder de Harten & Asociados Corredores de Seguros Sociedad Anónima Cerrada, y con ello su culpa inexcusable, pero, a partir del mérito probatorio de las comunicaciones electrónicas intercambiadas por las partes en la etapa previa a la contratación de la póliza de transporte flotante internacional número 3001-503362, es posible concluir igualmente que la final negativa de Rímac Seguros y Reaseguros de resarcir el reclamo planteado por Proveedores Mineros Sociedad Anónima Cerrada (sobre la base del incumplimiento de ésta de algunas de las condiciones impuestas por la póliza de transporte flotante internacional número 3001-503362), encuentra su razón de ser también en cómo se condujo la propia empresa demandante, pues, en verdad, al permanecer absolutamente pasiva ante la remisión de simples “propuestas” por parte de la empresa demandada, sin exigir la remisión de las condiciones específicas de la póliza de transporte flotante internacional número 3001-503362, ni mucho menos, y ni siquiera dejar constancia de su disconformidad por la ausencia de tal información, o acaso preguntar si a consecuencia de la variación de la modalidad de póliza contratada debía cambiar sus patrones de conducta anteriores, son factores que permiten calificar su proceder como culposo y, como tales, también contribuyeron a no satisfacer oportunamente las condiciones y/o cargas impuestas a partir de la contratación de la referida póliza.

La razón por la cual el magistrado no otorgó el monto total solicitado por concepto de daño emergente fue porque la empresa acreedora habría contribuido a la generación de su propio

¹⁵ Vale aclarar que esta fórmula no se encuentra replicada en el régimen extracontractual, puesto que el artículo 1985, en cuanto a daños materiales, solo hace alusión al lucro cesante, omitiendo la recreación del daño emergente. Empero, esta situación no debe desvalorar la potestad de reclamar tal daño, pues como bien se ha dicho, nuestro Código mantiene una cláusula general que apertura el reclamo de varios tipos de perjuicios, incluyendo por supuesto al emergente patrimonial.

perjuicio, dado que en ningún momento exigió que se le informe sobre las peculiaridades del seguro contratado.

Cuando la sentencia fue apelada, la Sala revisora optó por confirmarla en el extremo que amparó parcialmente la demanda, es decir, constató la presencia de un daño de tipo emergente; no obstante ello, la revocó en lo concerniente al pago de US\$ 102,583.65; y, reformándola, dispuso el desembolso del monto de US\$ 76,937.74. Esto se debe a que, si bien se cree que la actuación de la demandada fue incorrecta (culpa inexcusable), las omisiones de la empresa demandante contribuyeron en un cincuenta por ciento en la producción del daño:

Tercero.- (...) en el caso de autos, el mérito probatorio de las comunicaciones electrónicas intercambiadas por las partes, antes de la contratación de la póliza de transporte flotante de seguros, obrante de fojas ochenta y cuatro a noventa, nos lleva a concluir que, efectivamente, la empresa demandada, no desarrolló un mecanismo de información preciso, destinado a proveer a la empresa demandante la información clara, óptima, oportuna y completa en su calidad de corredora de seguros especializada y encargada de asesorar la contratación de un seguro efectivo para sus fines. (...)

Respecto de la advertida participación de la empresa demandante Proveedores Mineros Sociedad Anónima Cerrada, objetivamente como colaboradora del daño producido en su propio perjuicio, de los correos intercambiados entre las partes a fin de contratar la póliza de transporte flotante de seguros, se aprecia que la empresa demandante nunca mostró la inquietud de requerir mayores explicaciones, ni especificaciones respecto a las condiciones y coberturas del seguro que iba a contratar, limitándose simplemente a quedarse conforme con la información remitida vía correo electrónico por la empresa demandada, en un total proceder pasivo, colaborando y contribuyendo con su propia conducta a la realización del daño. Evidentemente, esta participación en la producción del daño de la empresa demandante Proveedores Mineros Sociedad Anónima Cerrada, ha sido relevante en la generación del mismo, siendo así, corresponde aplicar lo sancionado en el artículo 1973 del Código Civil; por lo que corresponde reducir el monto indemnizatorio en igual porcentaje que le corresponde a la parte demandada, es decir el cincuenta por ciento (50%).

Adviértase que aquí el daño emergente estaba representado por el valor económico de la mercadería robada, el mismo que tendría que haber sido íntegramente reparado si no se hubiese constatado una participación causal por parte de la empresa acreedora en la gesta de su perjuicio. Y es que, al menos en la calificación del daño emergente, no se puede hacer ningún tipo de reproche: la sustracción de la mercadería generó una disminución de los activos del patrimonio, la que no hubiese existido si la empresa corredora cumplía con su obligación de informar.

Ahora vayamos a analizar la sentencia de primera instancia dictada al interior del Expediente N° 2006-07623-0-0401-JR-CI-11. La demandante solicitó varios montos resarcitorios, siendo uno de ellos la suma de US\$ 3,000.00 (tres mil dólares americanos), pues representaba el precio de la operación quirúrgica a la que debía someterse para sanar uno de sus ojos. Los hechos fueron esencialmente los siguientes:

[E]l día veintitrés de mayo de dos mil tres, siendo aproximadamente las trece horas con treinta minutos, la demandante fue impactada por un proyectil metálico (balín), el mismo que se quedó alojado en la base de la órbita ocular de su ojo izquierdo; después de las investigaciones policiales se ha determinado que quien disparó el arma y provocó el daño fue el demandado Renato Andrés Salazar Málaga, hijo de Percy Jaime Salazar Alarcón y Miriam Vilma María Málaga Cornejo de Salazar, quien a la fecha de la comisión de los hechos era menor de edad. Que, como consecuencia directa de dicho daño la demandante se encuentra sometida a consultas médicas periódicas de evaluación, teniendo una implicancia de alto

riesgo, dado que, por la ubicación del mismo, podría relacionarse en forma irreversible el nervio óptico, lo que conllevaría la pérdida de visión con dicho ojo.

Con ese antecedente, el Décimo Primer Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa señaló que:

En el caso de autos la demandante pretende el pago de los daños a la persona, y presenta como medios probatorios el informe económico de fojas once a diecisiete, y el presupuesto aproximado por operación de fojas diecinueve (...); sin embargo, dichos documentos no acreditan los gastos realizados por la recurrente por los daños sufridos por lo que, aplicando un criterio de equidad y proporcionalidad, por concepto de daños a la persona corresponde cinco mil dólares americanos (...).

Esta sentencia delata la común confusión en la que se cae cuando se analiza un caso de daño a la estabilidad física. Veamos, uno de los montos solicitados por la demandante fue la de US\$ 3,000.00 (tres mil dólares americanos), que representaban el valor económico de la operación a la que debía someterse por el daño ocasionado a uno de sus ojos. Este menoscabo, en realidad, no tiene naturaleza inmaterial, por el contrario, su contenido es estrictamente económico, en específico, un daño emergente, ya que con el perjuicio a su integridad se generó un pasivo dentro de su patrimonio, el cual se ve representado con el valor de la operación quirúrgica y los demás gastos de curación.

Siendo material, económico o patrimonial dicho daño, era deber de la demandante probar el contenido exacto del monto resarcitorio (*quantum debeatur*), por lo que, si para la magistratura no se llegó a cumplir con dicha carga, la demanda tendría que haber sido declarada infundada, y no así aplicarse el “criterio de equidad” en la cuantificación del daño *ex officio* (artículo 1332 del Código Civil).

La Corte Suprema ya ha tenido la ocasión de advertir este tipo de errores y distinguir entre el daño emergente y el daño moral en su vertiente de daño a la integridad física. En el caso que subyace en la Casación N° 1554-2006-Lima se demandó una suma resarcitoria por los daños derivados del incumplimiento del hoy derogado Decreto Supremo N° 023-92-EM (Reglamento de Seguridad e Higiene Minera), en la que se incluía el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. Sin embargo, la Sala Superior brindó una suma dineraria por concepto de daño moral con el objetivo de viabilizar la **curación** de los malestares físicos derivados de la actividad minera. Al respecto, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República señaló lo siguiente:

Décimo.- Que, si bien es cierto la Sala Superior, al confirmar la sentencia apelada y modificar la suma de abono en cuarenta mil nuevos soles, se pronuncia por el daño emergente (conforme se aprecia de su décimo noveno considerando) indicando que “se ha producido un mayor daño a la salud del actor”; también lo es que dicho argumento demuestra que **ha confundido el concepto de daño emergente; pues el mismo consiste en una lesión de naturaleza económica, que se materializa en la pérdida, afectación o detrimento patrimonial efectivamente sufrido, distinto al “daño a la salud” el cual estaría inmerso dentro del concepto referido al daño moral el cual afecta la vida sentimental del ser humano y consiste en el dolor, pena o sufrimiento de la víctima** (el resaltado es nuestro).

Por lo tanto, ante perjuicios corporales¹⁶, es pertinente distinguir entre los daños materiales (en este caso daño emergente) y los daños morales (en este caso daño a la integridad física).

¹⁶ Las especificaciones sobre el “daño corporal” se han desarrollado de forma positiva en el ordenamiento francés, por ejemplo, Gabriel Rivera (2016), citando a Buffelan-Lanore y Larribau-Terneyre, informa que dicho perjuicio es conceptualizado como “una **lesión a la integridad física que genera un sinnúmero de consecuencias (patrimoniales o extrapatrimoniales)** más allá de las meras heridas, pues habrán gastos en médico y/o cirujano, cicatrices, enfermedades, incapacidad laboral, etc., toda una serie de perjuicios diversos que van a ser objeto de una evaluación y de una reparación

Los primeros, a diferencia de los segundos, se manifiestan comúnmente en las sumas de dinero que se utilizan para curar el desmejoramiento físico padecido.

1.4.1.2. Lucro cesante

El lucro cesante expresa la pérdida de la ganancia esperada, la frustración de la expectativa de lucro, la disminución potencial del patrimonio de la víctima. Se puede derivar no sólo de la paralización de la actividad lucrativa o productiva de la víctima, como, por ejemplo, la cesión de los ingresos que alguien ya venía obteniendo de su profesión, sino también de la frustración de lo que era razonablemente esperado (Filho, 2014, p. 95). En el campo de la inejecución de las obligaciones, el lucro cesante o la ausencia de ingresos es la pérdida de aquella utilidad que el acreedor habría conseguido mediante la utilización de la prestación que lo favorecía si esta hubiese sido materializada en los términos comprometidos (Smorto, 2005, p. 15).

Así, el lucro cesante se traduce en aquella ganancia que, siguiendo el orden natural de las cosas, probablemente afluía al patrimonio de la víctima si no hubiera existido el daño. Aferrarlos es algo mucho más complejo que el cálculo de los daños emergentes, pues su contabilidad demandaría un juicio de razonabilidad en cuanto a la probabilidad -y no la mera posibilidad- de que el provecho económico ocurriría si el daño no hubiese estallado. Esto significa que esta modalidad de daño tangencia el campo del nexo causal, en la medida en que la estimación de las ganancias salientes es básicamente un examen de un proceso causal hipotético, con base en lo que ordinariamente sucedería si suprimíamos el evento lesivo (Farias y Rosenvald, 2015a, p. 226).

Desarrollando un poco más los aspectos trascendentales del lucro cesante, queremos hacer mucho énfasis en su correcta dimensión. El término “lucro” se debe comprender única y estrictamente como la “utilidad” esperada, por lo que “lucro” vendría a significar “rédito”, o, dicho de otro modo, el lucro cesante no se resolverá en la ganancia bruta dejada de obtener, sino en la ganancia neta (deduciendo gastos) que no se logró conseguir. Garnica Martín (2007) sobre el particular expresa: “[E]l concepto de **lucro cesante** se circunscribe a la lesión de un interés patrimonial consistente en la **pérdida de un incremento patrimonial neto (esto es, deducidos costes)** que se haya dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento contractual por el deudor o bien del acto ilícito que se imputa a un tercero” (p. 49) (el resaltado es nuestro).

León Hilario (2016) ha visto que esta conceptualización de lucro cesante no se ha acentuado bien en los jueces de la especialidad laboral, pues en los juicios de responsabilidad civil “se concede resarcimientos a los trabajadores de acuerdo con valorizaciones que toman en cuenta (...) el ingreso dejado de percibir y no el rédito o utilidad, cuyo cálculo exige descontar todos los gastos necesarios para lograr ese ingreso, así como los ingresos provenientes de otras fuentes” (p. 61). Por eso, si uno se remite al V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, específicamente al numeral 3.2 del rubro III: Indemnización y

específica” (p. 61) (el resaltado es nuestro). Por su parte, Espinoza Espinoza (2015), poniéndonos en contacto con el *Rapport Dinthillac*, menciona que se trata de un documento en el que se llegan a especificar las consecuencias que logra acarrear el “daño corporal”. En efecto, se establece en dicha nomenclatura que los perjuicios padecidos por la víctima directa serán de dos tipos: i) patrimoniales; y, ii) extrapatrimoniales, estando en el primer grupo aquellos relaciones a los gastos de curación, lucro cesante profesional, gastos de adaptación, etc., mientras que en el segundo se ubican los sufrimientos duraderos, el déficit funcional temporal, las patologías evolutivas, etc. (p. 74 y ss.).

En ese sentido, ante la vulneración a la integridad física pueden darse daños materiales como daños morales, los mismos que no deben ser confundidos al momento de su otorgamiento.

remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento y despido incausado, debe comprender en términos literales su último párrafo:

La ausencia de pago de remuneraciones es un hecho evidente y por tanto un daño cierto, que podría ser calificado como lucro cesante, de manera que **el monto de dichas remuneraciones pueda servir como un indicador de cálculo del monto de la indemnización**, además de otros conceptos y montos que el trabajador invoque como daños sufridos como consecuencia del despido. (el resaltado es nuestro)

De igual forma se consigno en los acuerdos adoptados en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019, cuyo tema 1.1 versaba sobre el “otorgamiento y cálculo del lucro cesante en caso de despido”, siendo la ponencia ganadora la siguiente:

En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado o fraudulento declarados judicialmente como tales; **el daño patrimonial invocado a título de lucro cesante, debe ser entendido como todos los ingresos dejados de percibir como consecuencia directa e inmediata del despido y no como las remuneraciones dejadas de percibir**; y cuya existencia real y objetiva deberán ser acreditadas a fin de determinar la cuantificación que se sustentará en un parámetro temporal referido al tiempo de duración del cese; un parámetro cuantitativo referido al importe de los ingresos ciertos que hubiera dejado de percibir; y cualquier otra circunstancia que tuviera incidencia directa en dicha cuantificación; **deduciéndose los ingresos que hubiese obtenido el demandante por servicios realizados en dicho período de cese y los gastos que hubiera efectuado en el caso de continuar laborando, para la obtención de sus remuneraciones**. (el resaltado es nuestro)

Entonces, la remuneración no pagada en las hipótesis de despidos fraudulentos e incausados no representa el monto del resarcimiento, sino tan solo una de las variables a considerar para su adecuada cuantificación. Otro aspecto a tomar en cuenta en este tipo de supuestos serían, por ejemplo, las declaraciones de impuestos de los perjudicados, ya que permitirían apreciar el verdadero impacto del evento dañoso en el patrimonio del demandante (León Hilario, 2016, p. 61). La Corte Suprema, en la Casación N° 5311-2008-Amazonas, que declaró la nulidad de la sentencia de vista por estimar como equivalente a la remuneración dejada de percibir con el lucro cesante, reafirma esta postura:

Décimo segundo.- (...) en el considerando sexto de la resolución recurrida, se observa que el lucro cesante se encuentra constituido para las instancias de mérito por las remuneraciones dejadas de percibir por la parte demandante, siendo pertinente precisar que -como se ha señalado en la Casación N° 3323-2007-Lambayeque- en los procesos de esta naturaleza no está referida a las remuneraciones laborales dejadas de recibir durante el tiempo de cese, sino que estos sólo deben ser referenciales para el *quantum* de la indemnización (...).

Otro asunto problemático sobre el lucro cesante, a decir de León Hilario (2016), se ubica en el reclamo que realiza uno de los cónyuges cuando el otro fallece a consecuencia del hecho de un tercero. En estos casos, el consorte supérstite reclama al agresor una suma dineraria por concepto de ganancia dejada de percibir, la misma que normalmente es representada por el monto que el finado percibía por sus labores cuando se encontraba en vida, multiplicado por el número de años que se hubiera podido trabajar (p. 61).

Ha de apreciarse que León Hilario lejos se encuentra de admitir el otorgamiento de un resarcimiento por lucro cesante derivado de la muerte; sin embargo, la jurisprudencia nacional ha tenido a bien a amparar este tipo de reclamos. Se trata de la Casación N° 3499-2015-La Libertad, en la que una mujer demandó una cuantiosa suma de dinero por daño moral y lucro cesante a una empresa de transportes por el deceso de su cónyuge. En lo que atañe a este último concepto, requirió el pago de S/ 3'209,956.00, que equivaldría los ingresos económicos que su esposo hubiera percibido en su centro laboral hasta la edad de jubilación

obligatoria. El Primer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad rechazó dicho pago:

[A] pesar de haber acreditado la responsabilidad que corresponde a los emplazados por el fallecimiento de su esposo, la actora no ha logrado sustentar debidamente la totalidad de daños cuyo resarcimiento exige: i) en cuanto al lucro cesante, aun cuando ha probado que él percibía ingresos ascendentes a cuatro mil cuatrocientos setenta y dos con 53/100 nuevos soles (S/. 4,472.53), por los servicios subordinados que prestaba a las empresas Labin Perú Sociedad Anónima Cerrada y Noticias e Informaciones Sociedad Anónima Cerrada, no ha acreditado fehacientemente que estos ingresos seguirían produciéndose hasta que cumpliera los setenta años.

Como se ve, ante la incertidumbre de la extensión del lucro cesante, el juez de primera instancia no amparó la demanda en este extremo. Esta decisión fue confirmada, bajo los mismos argumentos, por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Este Colegiado agregó lo siguiente:

[P]ara el resarcimiento del lucro cesante no basta con acreditar su existencia en términos genéricos o meramente posibles, sino que es necesario probar fehacientemente su entidad y alcances, y esta exigencia no ha sido cumplida en este caso, pues aunque la demandante ha probado que, al momento del accidente, su fallecido esposo percibía ingresos mensuales por el trabajo que realizaba como ingeniero electrónico en las empresas Labin Perú Sociedad Anónima Cerrada y Noticias e Informaciones Sociedad Anónima Cerrada, no ha demostrado que en ambos centros laborales haya existido “*la certeza de que se iba a mantener laborando hasta la edad cronológica los setenta años*”.

Interpuesto el recurso de casación, la Corte Suprema decidió anular la sentencia de segunda instancia y ordenar a la Sala Superior la expedición de un nuevo pronunciamiento, pues bajo su criterio, en este tipo de casos sí corresponde brindar una suma dineraria por concepto de lucro cesante. Llegó a esta conclusión admitiendo dos circunstancias: i) nunca habrá una certidumbre absoluta sobre el *quantum* del lucro cesante; y, ii) para estos casos se puede emplear la cuantificación equitativa prevista en el artículo 1332 del Código Civil:

Noveno.- (...) es necesario tener en cuenta que, al estar referida a la pérdida del sostenimiento familiar que el fallecido proveía y hubiera seguido proveyendo a favor de los integrantes de la parte actora, es evidente que la **cuantificación exacta del lucro cesante exigido en la demanda nunca podrá ser fijada en términos de certeza, pues su determinación se encuentra sujeta a variables futuras cuya producción es incierta**. En efecto, al tratar de determinar a cuánto ascienden los beneficios económicos que la demandante y sus hijos dejarán de recibir a causa del fallecimiento del señor Miguel Ángel Loyola Chumbiauca, siempre existirá un grado de incertidumbre que no podrá ser superado por el juez, pues aun cuando ha sido posible identificar a cuánto ascendían los ingresos mensuales que aquel obtenía como producto de su trabajo subordinado en el momento del accidente, todavía pueden plantearse dudas respecto a qué parte de estos ingresos habría beneficiado realmente a la actora y sus hijos, por cuánto tiempo su esposo habría mantenido estos mismos ingresos, por cuánto tiempo se habrían seguido beneficiando los hijos de estos ingresos, por cuánto tiempo habría mantenido su el esposo su aptitud para el trabajo, etcétera.

Décimo.- Empero, estas circunstancias -que no son atribuibles a la conducta procesal de la parte actora, sino a las particulares propias que involucra el caso- no pueden ser empleadas por el órgano jurisdiccional como medio para fundamentar un criterio que termine por negar a la víctima el acceso a una reparación integral del daño sufrido, pues ello restringe injustificadamente el derecho de la víctima a una reparación adecuada e integral de los daños sufridos (...).

No debe perderse de vista que (...) el lucro cesante es la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir o, como lo ha entendido esta Suprema Corte, “aquello que la víctima deja de

percibir por del daño en determinado bien es decir que por efectos del daño no ha ingresado cierto bien a su patrimonio”; y, en consecuencia, al encontrarse propuesto en términos de aquello “dejado de percibir”, este último a veces podrá establecerse en término de certeza (v. g., cuando la percepción de la ganancia solo depende de la producción de un evento futuro cierto -plazo-), pero otras se encontrará ligado a la incertidumbre que usualmente acompaña a los eventos futuros (v.g., las rentas que pudieran recibirse del arrendamiento de un inmueble o la cosecha que pudieran obtenerse de un predio dedicado a la actividad agrícola). (...)

Décimo primero.- No obstante, esta circunstancia no impide que el órgano jurisdiccional pueda aplicar **al caso criterios que, sobre la base de la equidad y las reglas de la experiencia, permitan arribar a una determinación razonada del lucro cesante** cuando, a pesar de haberse probado su existencia, existan circunstancias que razonablemente impidan al demandante acreditar con exactitud la cuantía a la que ésta asciende (no por causa de negligencia o insuficiencia probatoria, debe precisarse). Estos criterios deben tomar como punto de partida el modo en que la ahora demandante, Fanny Dilcia Sáenz Almeyda, y su fallecido esposo habían distribuido los roles dentro de su familia (pues se ha evidenciado que mientras ella se mantenía a cargo del cuidado del hogar, éste procuraba el sustento económico para toda la familia) y deberían, además, dirigirse a determinar, mínimamente, i) qué parte de los ingresos del fallecido hubieran sido destinados efectivamente para el mantenimiento de los integrantes de la parte actora, ii) cuál es el periodo por el que es presumible que cada uno de ellos lo hubieran percibido, iii) si existe algún beneficio económico que los demandantes hayan recibido como consecuencia -directa o indirecta- del evento dañoso, etcétera. Empero, **una decisión que se limite únicamente a obviar cualquier criterio para reconstruir hipotéticamente el lucro frustrado, incumplirá necesariamente con las exigencias de justificación razonada que impone el deber de motivación, en los términos descritos en esta resolución.**

Aquí hay una situación que debe tenerse presente al momento de estudiar este tipo de daño: una cosa es la determinación del lucro cesante como perjuicio, y otra muy diferente su estimación o valoración económica. Ambas, sin embargo, presentan un elemento común: su falta de certeza; aunque si uno es un poco más agudo tendrá que concluir que la falta de convicción en el *quantum* no es más que un reflejo de la no certidumbre de su existencia.

Como ya hemos advertido al inicio de este apartado, el lucro cesante se encuentra fuertemente vinculado a la probabilidad o a la expectativa de obtener una utilidad. Exigir seguridad sobre este tipo de daño es un sinsentido, no obstante, ello no significa que en algunas ocasiones pueda ser fácil su determinación. Como sostienen Falasca y Rinaldi (2013), siguiendo a Bianca: “El lucro cesante ‘es un daño que concierne a una riqueza no conseguida por el perjudicado. Se trata, por ende, de un daño (...) que **requiere en cualquier caso una certeza razonable respecto de su ocurrencia, y que por regla general debe ser evaluado sobre una base de equidad**” (p. 11) (el resaltado es nuestro).

Con esa aclaración se aprecia que la Corte Suprema partió por considerar como valedera la tesis que sostenía el quiebre de las ganancias en la esfera patrimonial de los deudos del finado, es decir, los magistrados entendían que la muerte sí traía consigo una mutilación de la fuente de ingresos de la cónyuge e hijos del causante. Este razonamiento no parece del todo descabellado si tenemos en cuenta que algunos sistemas legales cercanos a nuestra familia ya lo han aceptado a través de la vía legislativa o la vía jurisprudencial. En Argentina, por ejemplo, el artículo 1745 literal “b” del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe lo siguiente:

En caso de muerte, la indemnización debe consistir en:

- a) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta

indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes.

Lo mismo en el artículo 10:202.2 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, dedicado al “daño patrimonial”, se establece: “En el caso de muerte, se considera que han sufrido un daño resarcible, en la medida de su pérdida de sostenimiento, las personas que, como los familiares, el difunto había mantenido o habría mantenido si la muerte no se hubiera producido”.

En el Marco Común de Referencia, artículo VI.2:202.2.c, se lee lo siguiente: “[L]a pérdida del sostenimiento es un daño jurídicamente relevante para la persona física a la que el fallecido mantenía o a la que, en caso de no haber fallecido, hubiera debido mantener en cumplimiento de un deber legal, o a la que el fallecido proporcionaba cuidados y apoyo económico”.

En Italia, la *Corte di Cassazione* ha aceptado el otorgamiento del resarcimiento por lucro cesante a los parientes del sujeto que ve privada su vida por la conducta de un tercero; es más, se consignó una fórmula de cuantificación. Todo esto se detalla en la *Ordinanza* del 16 de marzo de 2018, N° 6619:

La liquidación del daño patrimonial por lucro cesante sufrido por la esposa y el hijo de una persona fallecida por culpa ajena, y que consiste en la pérdida de los aportes que el difunto les brindaba, se realiza en forma de capital y no de renta. Para la esposa se logra multiplicando el ingreso perdido por la víctima por un coeficiente de capitalización de las rentas vitalicias correspondiente a la edad del más joven de los dos. Para el niño sobre la base de un coeficiente de capitalización de un ingreso temporal, que equivale al número presumible de años durante los cuales habría continuado el subsidio paterno. En uno como en otro caso, los ingresos que se utilizarán como base para el cálculo deben, en todo caso: a) incrementarse equitativamente, para tener en cuenta los aumentos presumes que el trabajador habría obtenido si hubiera estado vivo; b) reducirse por la participación en el ingreso que la víctima se habría asignado a sí mismo, por la carga fiscal y por los gastos para la producción del ingreso.

Con todo ello, la tendencia parece moverse a favor de la reparación de este tipo de perjuicios, la cual, sin embargo, debiese realizarse con suma cautela, pues podría dar pie a enriquecimientos indebidos si se tiene en cuenta que en casos de fallecimiento es común brindar un resarcimiento por daño moral, el que podría coberturar sin inconvenientes el valor económico de las necesidades que el causante cubría cuando se encontraba en vida. Por otro lado, como se apelaría a la fórmula de “cuantificación equitativa”¹⁷ para estos supuestos, el magistrado no debería recurrir a criterios etéreos o abstractos, por el contrario, tendría que ser “particularmente prudencial al considerar el lucro cesante y atenerse a las circunstancias normales y previsibles, para bien o para mal” (De Trazegnies Granda, 2016b, p. 36).

1.4.2. Daño moral

En nuestro medio no se tiene muy en claro los alcances del denominado “daño moral”. Esto se debe principalmente a la inclusión de la voz “daño a la persona” dentro del artículo 1985 del Código Civil¹⁸.

¹⁷ **Artículo 1332 del Código Civil.**- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

Aclaremos que la matriz de este dispositivo se encuentra en el artículo 1226 del Código Civil italiano.

¹⁸ **Artículo 1985 del Código Civil.**- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de

Lo apuntado *supra* es lo que ha ocasionado un incansable debate dentro de la doctrina y la jurisprudencia nacional en cuanto a la determinación del vínculo existente entre el “daño moral” y el “daño a la persona”: algunos sostienen que el primero es la especie y el segundo el género, mientras que otros opinan de forma totalmente contraria (“daño moral” el género y el “daño a la persona” la especie).

En esa línea, los que integran el primer grupo entienden que el “daño a la persona” es una categoría macro que encierra cualquier perjuicio causado a la entidad psíco-somática de las personas (sujetos de derecho), por lo que el “daño moral” quedaría reducido a la aflicción o acongojo emocional que no alcanzan a ser patologías psicológicas. Los del segundo grupo, en cambio, estiman que el “daño a la persona” es una mera especificación de los perjuicios recaídos sobre la integridad psíco-física, que no vienen a ser más que un subtipo de “daño moral”, concepto amplio, sinónimo de lo que se conoce como “daño inmaterial”, que incluye cualquier menoscabo que no goza, por su naturaleza, de estimación o valoración económica.

La discusión para nada es baladí, máxime para los propósitos de nuestro trabajo, puesto que el artículo 1322 del Código Civil prevé el resarcimiento del “daño moral”, y no el “daño a la persona”, en los casos de inejecución de obligaciones, lo que vuelve sustancial el determinar los alcances de uno y de otro término para saber con cierta exactitud lo que podría o no ser materia de reparación. A razón de ello, a continuación desarrollaremos los argumentos esgrimidos por algunos representantes de nuestra doctrina, así como los esbozados por la judicatura nacional, para luego así emitir nuestra opinión sobre el tema planteado.

1.4.2.1. Posición doctrinaria en cuanto al daño moral en el Perú

En este apartado llevaremos a cabo una mera tarea descriptiva, por lo que no ingresaremos a debatir las ideas expuestas por los autores aquí citados. Por otro lado, advertimos que las personas que han tratado el tema no se agotan en la lista que presentamos a continuación¹⁹.

1.4.2.1.1. Carlos Fernández Sessarego

En varios de sus escritos dedicados al tema, Fernández Sessarego dejaba muy en claro su intención de desligar completamente el concepto de “daño a la persona” de aquella tradicional voz que catalogaba como “daño moral”. Asimismo, afirmaba que dicha tarea la forjaba teniendo a la vista los avances que la doctrina y jurisprudencia comparada (esencialmente la italiana) venían ofreciendo, máxime en la “nueva etapa” de la responsabilidad civil, surgida en la segunda mitad del siglo XX y que tenía como centro y eje de todo el sistema a la “persona”, es decir, al ser humano como tal (Fernández Sessarego, 2015, pp. 247-249). Esto se deja ver claramente en el siguiente pasaje:

Sólo de reciente, como es sabido, un sector de juristas ha logrado, con esfuerzo y de modo paulatino, adentrarse en esta categoría de daños [a la persona] hasta hace poco ignorada o preterida por aquellos hombres de derecho que, sobre la base de una formación ochocentista, se preocupaban solamente del resarcimiento del daño emergente y del lucro cesante y, ocasionalmente y no exentos de problemas, del mal llamado daño “moral”. Es decir,

causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

¹⁹ Por ejemplo, inmersos en el grupo que apoyan un concepto restringido de daño moral tenemos a: Cárdenas Quirós (citado por Morales Godo, 2009: 484 y Calderón Puertas, 2013: 242), Morales Godo (2009: 453 y ss.), Calderón Puertas (2013: 240 y ss.), etc. En cambio, entienden la definición del daño moral de manera amplia: Castillo Freyre (2017: 146-147), Jiménez Vargas-Machuca (2005: 276 y ss.), Pazos Hayashida (2020: 859-865), etc.

centraban su atención exclusivamente en aquellos daños cuyas consecuencias son traducibles en dinero (Fernández Sessarego, s.f., p. 2).

En ese sentido, cree adecuado construir una nueva sistematización de los daños resarcibles, esto con el propósito de comprender los “reales” alcances del “daño a la persona” o, como expresión sinónima, el “daño subjetivo”. Así, menciona que, en lo que respecta al daño, este debe ser visto desde una doble perspectiva: i) la calidad ontológica del ente afectado; y, ii) las consecuencias que se derivan de la lesión producida al ente (Fernández Sessarego, s.f., pp. 2-3).

Sobre la naturaleza del ente afectado, Fernández Sessarego (s.f.) nos decía:

Si se atiende a la calidad ontológica del ente afectado se observa que son dos las categorías de entes capaces de soportar las consecuencias de un daño. De una parte, encontramos al ser humano, fin en sí mismo, y, del otro, a los entes del mundo de los cuales se vale el hombre, en tanto son instrumentos, para proyectar y realizar su vida. El daño al ser humano, que obviamente es el que tiene mayor significación, es el que se designa y conoce como daño subjetivo o daño a la persona. En cambio, el daño que incide en las cosas se denomina daño objetivo (p. 3).

Ahora, en lo que respecta a los efectos o consecuencias de la lesión, precisaba:

La segunda clasificación, que se sustenta en los efectos del daño, nos permite distinguir dos tipos de daños. De un lado podemos referirnos a los daños extrapersonales o patrimoniales, que son los que tienen consecuencias apreciables en dinero y, del otro, cabe aludir a los daños personales o extrapatrimoniales o no patrimoniales, los mismos cuyos efectos no pueden traducirse en dinero (Fernández Sessarego, s.f., p. 3).

En ese sentido, culminaba su análisis sobre esta forma de estructurar los daños advirtiendo que los “daños a la persona” (subjetivo) y los “daños a las cosas” (objetivo) eran susceptibles de generar consecuencias tanto de naturaleza patrimonial, como extrapatrimonial, por lo que la naturaleza jurídica de la entidad dañada en nada condicionaba las secuelas perjudiciales que podían derivarse, dado que estas dependían exclusivamente de la posibilidad o no de ser valorizadas en términos monetarios (Fernández Sessarego, s.f., p. 3).

Por lo tanto, según Fernández Sessarego (2015), como el ser humano representa una unidad psicosomática -soma y psiqué-, cuyo elemento constitutivo y sustentador es la libertad (lo que propiamente lo llega a distinguir de otros seres o de las cosas), entonces, el “daño a la persona” viene a comprender: i) los perjuicios psicosomáticos; y, ii) los perjuicios a la libertad (que en su faceta “fenoménica” vendría a ser el “daño al proyecto de vida”) (p. 265).

Con todo ello, el autor que venimos reseñando se anima a determinar que el “daño moral” es una especie o modalidad del “daño a la persona”, pues aquella “afecta directamente a la unidad psicosomática de la persona, más precisamente (...), a la esfera psíquico-emocional, generalmente de carácter no patológico” (Fernández Sessarego, 2015, p. 266). Para lograr cerrar la idea precisa que “el ‘daño moral’ es de raigambre psicológica que, sin embargo, no llega a constituir una psicopatía aunque, teóricamente, podría derivar en ella si es que el dolor, por ejemplo, es persistente, intenso y depresivo” (Fernández Sessarego, 2015, p. 269).

1.4.2.1.2. Juan Espinoza Espinoza

Este autor diferencia entre daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales. En lo concerniente a este tipo de daño, que identifica también bajo el *nomen* de “daño subjetivo” (perjuicio ocasionado a los sujetos de derecho: concebido, persona natural, persona jurídica y organización de personas no inscrita), afirma que comprende al denominado “daño a la

persona”, “entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas” (Espinoza Espinoza, 2016, pp. 301-302), como también al “daño moral”, “definido como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima, que tiene el carácter de efímeros y no duraderos” (Espinoza Espinoza, 2016, pp. 302).

Si bien pareciese que el autor comprende al “daño moral” como una voz amplia, pues incluye dentro de sus manifestaciones a los sufrimientos físicos, lo cierto es que su posición se da cuenta por consignar este perjuicio como una de las especies del “daño a la persona”. Claramente apunta que “si bien daño a la persona y daño moral son idénticos en cuanto su contenido extrapatrimonial, ambos difieren, puesto que la relación entre el primero y el segundo es de género a especie” (Espinoza Espinoza, 2016, p. 306).

A pesar de lo señalado, Espinoza Espinoza admite que esta disgregación se forja única y exclusivamente porque la Comisión Revisora del Código Civil de 1984 decidió incluir la voz “daño a la persona” en el artículo 1985 por encontrarse en voga dentro del ordenamiento jurídico italiano²⁰. Tanto es así que, al formularse la pregunta: “¿podemos prescindir de la voz de “daño a la persona” y subsumirla en la de “daño moral?” (Espinoza Espinoza, 2016, p. 308), brinda una respuesta positiva, empero, estima que ello no resulta posible pues el “daño a la persona” ya ha sido incluida en distintos cuerpos legislativos²¹, así como en el lenguaje del operador jurídico.

1.4.2.1.3. Lizardo Taboada Córdova

Taboada Córdova tiene escrito un pequeño manual sobre responsabilidad civil, en el cual desarrolla su clasificación sobre los perjuicios resarcibles. Así, luego de definir al daño como el menoscabo a un interés jurídicamente tutelado o protegido, enuncia la tipología de los daños de la siguiente forma:

Serán daños patrimoniales las lesiones a los derechos patrimoniales y serán daños extrapatrimoniales las lesiones a los derechos de dicha naturaleza, como en el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos (...). Del mismo modo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales. (Taboada Córdova, 2013, pp. 72-73)

Dentro de los daños patrimoniales, el autor ubica al daño emergente y al lucro cesante. En lo referente al daño no patrimonial o extrapatrimonial, nos comenta que en nuestro medio existe una discusión sobre los conceptos que lo integrarían, sobre todo en lo que respecta al “daño moral” y al “daño a la persona”, voces consagradas en el plexo del vigente Código Civil. No obstante, se anima a definir ambas categorías y ha señalado que las mismas resultan ser independientes entre sí:

Por daño moral, se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la misma.(...) El daño moral es pues la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo. (...) Daño a la persona (...) se produce cuando (...) se lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida. (Taboada Córdova, 2013, pp. 75-81)

²⁰ Para peor de los males, esta importación se llevó adelante sin conocer los pormenores del sistema italiano (carácter restringido del resarcimiento extrapatrimonial por el artículo 2059 del Código Civil italiano), los que justamente volvían imperativo la creación de distintos tipos de daños “no patrimoniales” por parte de su jurisprudencia y/o doctrina.

²¹ Pone como ejemplo el artículo 103 de la Ley N° 29571 (Código de Protección y Defensa del Consumidor) y el artículo 260.5 del T.U.O de la Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General).

Por último, enfatiza que no se puede pregonar la eliminación en el Código Civil del “daño moral” para hacer referencia únicamente al “daño a la persona” (Taboada Córdova, 2013, p. 82).

1.4.2.1.4. Gastón Fernández Cruz

Fernández Cruz, en un interesante trabajo dedicado a la búsqueda de una reclasificación de los daños susceptibles de desencadenar la tutela resarcitoria, nos ofrece una visión concreta sobre el impacto de la discusión de la doctrina comparada, con base en su normativa, sobre la comprensión de las categorías envueltas en el campo de la responsabilidad civil que nuestro codificador incorporó en las disposiciones del Código Civil vigente.

La labor del autor es sumamente encomiable, ya que parte por afirmar que el intérprete nacional no puede ser ajeno al desenvolvimiento de las voces de daños que se han gestado en las realidades jurídicas foráneas, sobre todo las del derecho europeo continental, y más concretamente, las del sistema italiano, pues fue en este último ordenamiento donde se pudo presenciar una discusión vivaz y fructífera, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sobre la reparación del “daño no patrimonial” y, con ello, la delimitación de la voz “daño a la persona” (Fernández Cruz, 2015, pp. 177-178).

La justificación del referido punto de partida de su estudio se encuentra en la consagración del “daño a la persona” en el artículo 1985 de nuestro Código Civil, dado que, aunque siendo necesario reconocer que se trató de una incorporación de “contrabando”, lo cierto es que la disposición normativa se encuentra en nuestra realidad, por lo que lo más saludable sería el forjamiento de una labor hermenéutica tendiente a compatibilizar dicha voz con otra que, al igual que ella, carece de contenido económico: el “daño moral” (Fernández Cruz, 2015, pp. 178-179).

Ahora bien, para comenzar señala que durante la evolución de la reparación de los daños no patrimoniales, nunca se siguió una línea uniforme para conceptualizarlos, pues las posturas variaban conforme se definía al daño por la esencia del bien dañado (daño evento) o por los resultados que de ello se desprendían (daño consecuencia). Así, la doctrina que se dedicaba a dar estudio a esta institución normalmente se refería “daños puramente morales” contra “daños morales-patrimoniales” o “daños morales puros” versus “daños morales impuros”, etc. (Fernández Cruz, 2015, p. 180).

Prosiguiendo con su análisis, Fernández Cruz (2015) anota que el daño extrapatrimonial no tuvo mayor problema de ser reconocido como perjuicio reparable, bajo la denominación de “daño moral”, en el ordenamiento jurídico francés, esto básicamente por la cláusula abierta de su artículo 1382. Situación opuesta -prosigue el autor- se observaba en el sistema alemán, dado que, en su redacción original, los artículos 253 y 847 del Código Civil limitaban el resarcimiento del daño no patrimonial a la reserva de ley, esto es, que sólo eran reparables aquellos perjuicios que se encontraban tipificados en algunas normas jurídicas. Esta regla se ha relajado en la actualidad con el nuevo texto del artículo 253 que abre el resarcimiento a nuevos interés inmateriales, aunque aún se mantiene la tipificación de los daños no patrimoniales (pp. 181-182).

Repasadas las realidades francesa y alemana, Fernández Cruz (2015) aborda la evolución del resarcimiento del daño no patrimonial en Italia. Refiere que son básicamente tres etapas a considerar. La primera se caracterizaba por la asociación del artículo 2059 del Código Civil con el artículo 185 del Código Civil, esto es, que sólo los daños no patrimoniales eran

resarcibles si es derivaban de la comisión de un delito, por lo que el denominado *pretium doloris* se constituía como el núcleo del daño moral, siendo este perjuicio entendido como la afectación íntima y personal de los sujetos lesionados (p. 182).

En la segunda etapa, luego de advertir el poco alcance del daño moral, se comenzó con la creación de otras voces de daños no patrimoniales, siendo el más resaltante el “daño biológico”, que luego mutó al “daño a la salud”, “el cual requerirá de una valuación médico-legal para su resarcimiento, por lo que ‘el daño biológico subsiste solamente si un médico puede estimar la pérdida de validez de la persona’” (Fernández Cruz, 2015, p. 183).

No obstante, lo verdaderamente importante de dicha etapa es que la reparación del “daño a la salud” no se encontró en la norma que recogía el daño no patrimonial (artículo 2059), pues era imposible por su reserva legal, por lo que se procedió a utilizar la disposición atinente al daño patrimonial (artículo 2043), dando pie a la expansión del “daño a la persona”. Así, esta voz sería “una categoría conceptual omnicomprendiva de otros daños, y en donde lo importante radica en ‘estimar las consecuencias perjudiciales de la lesión en cada aspecto de la vida activa de la persona humana’ y que abarca una serie de daños resarcibles, por lo general valuables en términos patrimoniales” (Fernández Cruz, 2015, p. 183).

Con tal situación, el catálogo de daños en el sistema italiano quedaba de la siguiente manera: i) el perjuicio patrimonial, representado en la pérdida de ingresos económicos por la ocurrencia de la lesión, ubicado dentro del radio de acción del artículo 2043; ii) el perjuicio a la salud, el cual se compensaba con base en baremos, cuya justificación normativa también se hallaba en el artículo 2043; y, iii) el perjuicio moral, que debía cumplir con la observancia de la reserva de ley del artículo 2059 y que, por lo tanto, necesitaba de la existencia de un delito (Fernández Cruz, 2015, pp. 183-184).

La tercera y última etapa tiene como eje principal la extensión de la reserva de ley para el resarcimiento de los daños no patrimoniales del artículo 2059 del Código Civil al artículo 32 de la Constitución italiana. De esta forma, el “daño a la salud” se aleja de su primigenio carácter patrimonial para ahora ser calificado como un auténtico perjuicio extrapatrimonial (Fernández Cruz, 2015, p. 184).

Todo este recuento permite a Fernández Cruz indicar que el camino que recorrió el “daño a la persona” en Italia no es llevable sin más a la realidad peruana, pero que, dado el dato normativo de nuestro artículo 1985 del Código Civil y el realce de la tutela de la persona humana en nuestro marco constitucional, resulta importante dotarlo de contenido para que pueda ser operativo y así cumplir sus finalidades de protección, tanto en el campo de la responsabilidad extracontractual como en la responsabilidad por inexecución de obligaciones, pues si bien la voz no se ubica dentro del artículo 1322, lo cierto es que no contamos con un catálogo cerrado sobre daños resarcibles.

Pues bien, entrando ya a la reclasificación de los daños, el autor no ve inconveniente alguno para que el daño pueda tener una doble connotación, es decir, aprueba que dentro de la disciplina de la responsabilidad civil se pueda hablar de un “daño evento” y de un “daño consecuencia”, ya que comprendida en sus justos términos, esta dualidad podría explicar de mejor manera el alcance del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales.

Así, Fernández Cruz (2015) acoge el modelo de Bianca, por lo que afirma que el “daño” puede ser apreciado a partir de sus tres manifestaciones: i) evento lesivo, el cual se concreta con la observancia de la lesión a un interés legítimo y jurídicamente apreciable; siendo lo relevante la apreciación del ente que se ve afectado; ii) efecto económico negativo, el que se traduciría en lo que se suele conocer como “daño consecuencia”, siendo relevante el cúmulo de efectos patrimoniales perjudiciales derivadas de la lesión; y, iii) liquidación pecuniaria, en

donde lo importante será la transformación de los daños a un valor económico, distinguiéndose los “daños valuables” de los “daños estimables” (pp. 187-188).

Con todo ello se indica que “[e]l hecho generador del daño produce material y causalmente hablando un resultado que es el daño evento, el cual a su vez puede producir económicamente y causalmente hablando consecuencias patrimoniales” (Fernández Cruz, 2015, p. 188).

Tal marco normativo es lo que le permite a Fernández Cruz (2015) postular su clasificación de los daños en el ordenamiento jurídico peruano:

- Según la entidad dañada: “daño no patrimonial” y “daño patrimonial”.
- Según las consecuencias generadas: “daños de causalidad material económica” y “daños de causalidad jurídica”.
- Según la forma de liquidación: “daños valuables” y “daños estimables” (p. 189).

Repasaremos el primer grupo de daños, pues el segundo grupo está asociado al tema de la función a cumplir si se está frente a “daños de causalidad material económica” (función reparatoria) o “daños de causalidad jurídica” (función aflictivo-consolatoria), y el tercer grupo incide en lo que respecta a la liquidación del daño, esto es, si son cuantificables estamos frente a los “daños valuables” y si son “daños estimables” se abre la posibilidad de utilizar el criterio de equidad. Por lo tanto, sobre el daño no patrimonial y el daño patrimonial especifica que:

Aquí los daños pueden clasificarse como sigue: i) daño no patrimonial: que afecta la integridad de todo sujeto de derecho o lesiona valores y derechos fundamentales inherentes a todo sujeto de derecho digno de protección bajo la tutela resarcitoria; y, ii) daño patrimonial: que afecta la integridad del patrimonio como extensión externa de un concreto derecho de la personalidad, verbigracia, derecho a la propiedad y a la herencia (art. 2, numeral 16 de la Constitución peruana); y cualquier otro de naturaleza patrimonial. (...) (Fernández Cruz, 2015, pp. 189-190).

Ahora, en cuanto al “daño no patrimonial”, el autor hace una nueva digregación, empezando por conceptualizar al “daño a la persona”. Entiende que esta voz alude al perjuicio que “afecta a la persona humana como entidad psicofísica, comprendiendo a los daños inherentes a esta (o daños a los derechos de la personalidad, como la vida, la integridad psicofísica, el libre desenvolvimiento de la personalidad, la intimidad, la salud, entre otros); y con una característica esencial: siempre responde a la función de reparación del daño resarcible, por lo que es comúnmente valuable y ajeno a la función aflictivo consolatoria del resarcimiento” (Fernández Cruz, 2015, p. 191). Por esta razón agrega que “si el daño a la persona comprende a la parte psíquica del sujeto, se entiende entonces que un subtipo de este daño debiera ser y es el llamado daño moral” (Fernández Cruz, 2015, p. 191).

En ese sentido, Fernández Cruz se encarga de delimitar los alcances del daño moral y lo reduce a su clásica concepción de *pretium doloris*, es decir, como aquella mella en los sentimientos personales. Así, el daño moral lo conceptualiza como “aquel que afecta a la psiquis y sentimientos de la persona humana (...), y que se refleja en un padecimiento y dolor espiritual, pero con una característica fundamental que lo diferencia de otros daños no patrimoniales: afecta la faz interior del sujeto y tiene siempre naturaleza temporal” (Fernández Cruz, 2015, pp. 191-192). Además, añade dos características a esta forma de perjuicio: i) no es valuable pero sí estimable; y, ii) es normalmente un reputado como un daño *in re ipsa*.

La otra vertiente del “daño no patrimonial” es el que lleva por adjetivo “residual”, que sería “aquel que afecta a todos los restantes sujetos de derecho reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico, diversos de la persona humana” (Fernández Cruz, 2015, p. 194), tales como el concebido y las personas jurídicas.

Puede concluirse, entonces, que para el autor citado el “daño a la persona” es el continente, mientras que el “daño moral” uno de sus contenidos.

1.4.2.1.5. Fernando De Trazegnies Granda

De Trazegnies Granda tiene uno de los libros más fascinantes sobre la disciplina de la responsabilidad civil extracontractual que se haya podido escribir en nuestro país. En su obra existe un pormenorizado estudio de todos los elementos que componen la tutela resarcitoria, respetando los parámetros establecidos en nuestro Código Civil vigente, pero sin que ello signifique su sometimiento acrítico a todas las figuras allí consignadas.

En lo que concierne al daño moral *stricto sensu*, lo llega a definir de una manera sumamente sencilla, esto es, como aquel que “no tiene ningún sentido patrimonial” (De Trazegnies Granda, 2016b, p. 92). Entonces, el autor para nada entiende al daño moral en su sentido restringido, es decir, como aflicción o menoscabo a la esfera sentimental de las personas, por el contrario, la clave del daño moral desde su óptica es la ausencia total de contenido económico o pecuniario.

En otro pasaje de su trabajo, claramente alude que el “daño a la persona” previsto en el Código Civil (artículo 1985) no es más que una sub-especie del daño moral (De Trazegnies Granda, 2016b, p. 108). Menciona que puede lesionarse, por ejemplo, el estado psicológico de un individuo, el que cabría dentro de lo que Fernández Sessarego catalogó como daño a la persona, no obstante, precisa que a dicha afectación debe excluirse los gastos en los que se incurre para la curación de la patología, dado que ello representaría un daño de carácter patrimonial (daño emergente). Por eso, “habiendo deslindado los aspectos económicos que encierran muchos de los daños más íntimos, lo que nos queda fundamentalmente es aquello que la doctrina usualmente ha conocido por ‘daño moral’” (De Trazegnies Granda, 2016b, p. 109).

Entre otras referencias que formula De Trazegnies Granda (2016b) para comprender al daño moral desde un punto de vista amplio, se encuentra al daño a los derechos de la personalidad, como por ejemplo el honor. En efecto, menciona el caso del sujeto que padece una prisión injusta, señalando:

(...) tales daños espirituales tampoco son diferentes de lo que se ha conocido tradicionalmente como daño moral. Esta última institución no está limitada únicamente a la *pecunian doloris*, a la afcción o al sufrimiento, sino que habitualmente tal expresión se extiende también en el sentido de los efectos no patrimoniales de la violación de los derechos de la personalidad. (...) Las violaciones a los derechos de la personalidad son, pues, parte del dominio que era conocido como daño moral (p. 110).

Es más, siendo un poco irónico con la finalidad de dejar bien en claro su postura, anota que “basta interrogar a los autores franceses (que fueron los creadores de la expresión ‘daño moral’) para comprobar que se trata de una referencia amplia a todo daño no patrimonial” (De Trazegnies Granda, 2016b, p. 110).

1.4.2.1.6. Felipe Osterling Parodi

Sin ninguna duda Osterling Parodi (2007) dota al “daño moral” de un contenido amplio, pues lo llega a definir como “el inferido en los derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica” (p. 244).

Asimismo, señala que las “normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales, o de daños morales que engendren o no perjuicios económicos” (Osterling Parodi, 2007, p. 245). Véase como para este autor el daño moral es la contraposición directa de lo que él denomina “daño patrimonial” (que recoge al daño emergente y al lucro cesante), por lo que el daño moral bajo ningún sentido podría reducirse al menoscabo sentimental o emocional, normalmente concebido bajo la nomenclatura de *pretium doloris* o daño moral subjetivo.

En otro de sus trabajos, incidiendo nuevamente sobre el contenido del daño moral, afirma que:

(...) [l]a persona puede sufrir atentados contra su integridad, salud mental y psicológica, el honor, reputación y demás bienes extrapatrimoniales. En estos casos no se podría aplicar el daño patrimonial, por lo que el legislador peruano acertadamente ha previsto en el Código Civil la tutela del daño moral. (...) la definición de daño moral debe ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño o perjuicio a la persona en sí misma -física o psíquica-, así como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales (...) (Osterling Parodi, 2015, pp. 199-200).

Parece entonces que Osterling Parodi atiende al concepto tradicional de “daño moral”, esto es, sinónimo de “daño inmaterial”, que viene a ser el perjuicio causado en bienes no susceptibles de valoración económica, o, teniéndolo, sus consecuencias no son estimables en dinero.

1.4.2.1.7. Leysser León Hilario

En la última edición de su libro *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, se pueden encontrar varios estudios de León Hilario dedicados a los alcances del concepto del “daño moral” y su vinculación con el “daño a la persona” (artículo 1985 del Código Civil). Su análisis es el más completo respecto de los demás que se hayan podido llevar adelante en nuestro medio, pues es rico en datos históricos-comparados, así como de datos provenientes de la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, lo que permite tener una visión más certera sobre las peculiaridades de la institución jurídica sujeta a análisis.

Pues bien, citando a Gabba, el autor nos señala que el “daño moral” tuvo una doble acepción:

En sentido estricto o propio, esto es, como “un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índole moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. (...) En sentido lato o impropio, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no lo toque en su patrimonio ni lo disminuya. Y así, es daño moral en este sentido, no sólo el que se ha indicado en estricto, sino el que recae en cosas materiales pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física (León Hilario, 2017, p. 350).

Tradicionalmente, por lo que anota León Hilario, nunca existió complicación alguna por entender al “daño moral” como una voz que conglomeraba los perjuicios a la faz interna y emocional de los sujetos, así como el menoscabo a ciertos derechos hoy denominados “de personalidad” (esto más aún en su acepción “lata”), esto al margen de la aceptación o no del otorgamiento de un monto resarcitorio, ya que en dicha época (siglo XIX) se discutía si los daños morales debían o no ser resarcidos al no contener ninguna variable para llevar adelante su cuantificación.

Más adelante, nos comenta que el modelo seguido por el legislador peruano en materia de responsabilidad civil es el que proviene del ordenamiento francés, en la que los daños son

clasificados en: i) materiales, que tienen repercusión en los bienes; e, ii) inmateriales o morales, que afectan todo lo no comprendido en el grupo anterior, lo que incluye, por ejemplo, la lesión a la integridad física. Así, nos informa que “(...) la jurisprudencia francesa reconoce que el daño moral es resarcible. Para estos efectos, la noción de la categoría que los jueces emplean es bastante amplia, conforme a la indicada por Gabba. Desde esta perspectiva, entonces, es dado afirmar que el daño a la persona, según la definición aquí brindada, (...) queda comprendido en el daño moral” (León Hilario, 2017, p. 357).

A la definición a la que alude el autor es la siguiente: “el daño a la persona es (...) la lesión de la integridad psíquica y física o el menoscabo, considerado en sí mismo, de la salud del individuo” (León Hilario, 2017, p. 348).

Luego, León Hilario nos manifiesta lo imposible que resulta para nuestro sistema adoptar la clasificación alemana, seguida por el ordenamiento italiano, entre “daños patrimoniales” y “daños no patrimoniales”, ya que, por un lado, dicha clasificación tiene un reconocimiento normativo en el propio BGB²² (también en el Código Civil italiano), y, por el otro, el resarcimiento del daño no patrimonial es típico²³, lo que significa que su reparación depende de un previo reconocimiento por parte del derecho positivo, aspectos que no se han previsto en nuestro actual Código Civil (León Hilario, 2017, pp. 358-361).

Prosigue el autor relatando que el “daño a la persona” de connotación italiana no es una categoría referencial, pues en realidad esta queda comprendida en la voz “daño biológico”, o como su sinónimo, “daño a la salud”. Este tipo de daño fue creado por la jurisprudencia a causa de la limitación de la reparación del “daño no patrimonial” *ex* artículo 2059 del Código Civil italiano²⁴ a supuestos de daño moral subjetivo (*pretium doloris*) que hayan tenido su origen en actividades delictivas. Por lo tanto, estima que “el daño a la persona no sirve más que como una locución para identificar el daño a la integridad psicofísica. A ello se debe (...) que este daño se haya asimilado al daño a la salud” (León Hilario, 2017, p. 363). Con todo ello demuestra que, si bien el “daño a la persona” existe en el ordenamiento italiano, este llega a ser equiparado con el “daño biológico” o el “daño a la salud”, pero que no gozan de una generalidad absoluta, ya que se encuentran sumergidos dentro de la categoría amplia de “daño no patrimonial”²⁵.

Entonces, como conclusión sobre la relación que tendrían el “daño moral” y el “daño a la persona” en nuestro Código Civil, sostiene:

(...) el daño moral, en el ordenamiento jurídico peruano, abarca todas las consecuencias del evento dañoso que, por sus peculiaridades características, por su ligazón con la individualidad

²² Actualmente en el § 253 del BGB se lee: “Solamente en los casos previstos por la ley podrá reclamarse una compensación en dinero, si el daño inferido es no patrimonial. En caso de que se debiera una indemnización a causa de un daño por causa de una lesión al cuerpo, a la salud, a la libertad o a la autodeterminación sexual, se puede reclamar una compensación razonable en dinero aún por el daño no patrimonial” (León Hilario, 2017, p. 360)

²³ Este dato es sumamente relevante, ya que denota la diferencia esencial que mantiene el BGB (actual § 253 citado en la nota anterior) con el régimen previsto en el Código Civil francés que, por el contrario, recoge una cláusula abierta de daños en el artículo 1382 (hoy la norma, por efecto de la *Ordonnance* N° 2016-131 que reformó, en el año 2016, la estructura del Código en lo referente a las obligaciones y los contratos, se ubica en el artículo 1240), que a letra dispone: “Cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga a aquel por cuya culpa sucedió a repararlo”. Para que no haya duda sobre la nota característica del ordenamiento francés, Laurent (citado por León Hilario, 2017), apunta: “El artículo 1382 habla de daño en términos absolutos, sin comportar ninguna distinción; así pues, todo daño debe ser reparado, tanto el daño moral cuanto el daño material. El espíritu de la ley no deja ninguna duda: se quieren salvaguardar todos los derechos del hombre, todos sus bienes; ¿o acaso nuestro honor, nuestra consideración, no son los más preciosos de los bienes?” (p. 357).

²⁴ Esta disposición establece: “El daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley”.

²⁵ León Hilario (2017) cita a Paradiso para definir al “daño biológico” como “la lesión de la integridad psicofísica de la persona que prescinde de las eventuales consecuencias en la capacidad de trabajo de la víctima (que deben resarcirse a parte, como daño-patrimonial)” (p. 365).

de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de los derechos fundamentales.

(...) no es admisible sostener (...) que el daño moral constituye una “especie” del daño a la persona. Si se presta atención a la bipartición original francesa -que es la que debe seguirse-, la interpretación es en sentido contrario: el daño moral comprende al daño a la persona, a los derechos de la personalidad, además de los padecimientos anímicos. (León Hilario, 2017, pp. 427-429)

Como se aprecia, la posición de León Hilario es totalmente clara sobre el tema, en el sentido que dentro de la legislación peruana el “daño moral” es un concepto amplio, no siendo correcto su comprensión como una mera manifestación del daño a la persona como malestar emocional o anímico, sino que, siguiendo el viejo modelo francés, debe ser calificado como todo menoscabo a los bienes inherentes al ser humano y que no son pasibles de valuación monetaria.

1.4.2.1.8. Rómulo Morales Hervias

El daño moral, de acuerdo a Morales Hervias (2011), es un concepto genérico, dentro del cual se puede encontrar al denominado “daño a la persona”:

El daño moral es el menoscabo a cualquier derecho a la persona, como la vida, la integridad física, la libertad, el honor, la vida privada y la vida de relación. En cambio, el daño a la persona se encuentra incluido en el daño moral. El daño a la persona no es sino una subespecie del daño moral. La expresión “daño moral” debe entenderse en el sentido de los efectos no patrimoniales de la violación de los derechos de la personalidad. Así, el daño moral es perfectamente asimilable al daño extrapatrimonial sin necesidad de hacer una referencia al daño a la persona (p. 53).

Esta afirmación es nuevamente referida por el autor luego de reconocer la naturaleza punitiva a la suma dineraria otorgada por concepto de “resarcimiento” al damnificado con los daños que no tienen una estimación económica. Así, apunta que podía haberse prescindido sin inconveniente alguno de la voz “daño a la persona” dentro del Código Civil:

[L]a expresión “daño a la persona” hay que entenderla, simplemente, como una reiteración, como un pleonasma, de la naturaleza resarcible del daño moral. Lo cierto es que para dar un paso al resarcimiento de los daños a la persona, el camino más fácil es el de encuadrarlos dentro de la categoría de los daños morales. Hoy por hoy, el daño moral incluye en su significado toda la miríada de daños no patrimoniales causados a la persona (Morales Hervias, 2011, p. 54).

Para este autor, en conclusión, el género vendría a ser el daño moral, y una de sus especies el daño a la persona.

1.4.2.2. Posición jurisprudencial en cuanto al daño moral en el Perú

En este acápite trataremos de repasar someramente algunos pronunciamientos de nuestra Corte Suprema en el que se delinear los conceptos del daño moral y del daño a la persona.

En una versión virtual del trabajo de León Hilario²⁶, se hace cita textual de las sentencias de casación expedidas en la década de los años noventa que, por lo que se deja apreciar, eran de la corriente que comprendía al daño moral como sinónimo de daño inmaterial o daño no

²⁶ Hablamos de su artículo denominado “Funcionalidad del ‘daño moral’ e inutilidad del ‘daño a la persona’ en el Derecho Civil peruano”, que puede hallarse en el siguiente portal web: <<http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF>>

patrimonial, es decir, como concepto macro, no reducido a la noción de alteración negativa de los sentimientos. Aquí dejamos el recuento:

Casación N° 949-95: El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica.

Casación N° 1070-95: Si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que éste es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual.

Casación N° 231-98: El daño moral es un daño extrapatrimonial que afecta a los derechos de la persona, el cual puede ser indemnizado atendiendo a su magnitud y al menoscabo producido a la víctima y a su familia.

Durante la primera década del nuevo milenio, según nos lo deja ver Linares Avilez (2017), dicha tendencia originaria va desvaneciéndose poco a poco, ya que la influencia de los trabajos de Fernández Sessarego fue calando con mayor fuerza dentro del pensamiento de los magistrados que integraban la Corte Suprema, por lo que ya se deja el concepto amplio del daño moral, para reducirlo a su connotación de *pretium doloris* (p. 260):

Casación N° 1545-2006-Piura: Que el citado artículo 1985 del Código Civil contempla como daño no patrimonial el daño a la persona y el daño moral, entendiéndose por el primero de ellos el que se configura como una afectación a los derechos de la personalidad; y el segundo, como el dolor o la angustia que experimenta una persona a causa de un evento dañoso, existiendo entre ambos conceptos una relación de género a especie según los ha destacado el doctor Carlos Fernández Sessarego, en cuanto ha sostenido que el daño moral, dentro de su concepción dominante de dolor o sufrimiento, constituye un aspecto del daño a la persona.

Casación N° 5178-2006-La Libertad: Respecto al daño moral se puede determinar, que la accionan a partir del momento que se reportó información errónea respecto de su persona, por el actuar negligente del banco, la conllevó a sufrir un detrimento en su persona, por cuanto vio afectada su imagen financiera, ocasionándole molestias y perjuicios personales, puesto que se afectó su derecho a la dignidad, daño que debe ser reparado como daño moral por la aflicción producida a su persona.

Estas dos formas de entender el daño moral (ya sea como género o especie del daño a la persona), ha seguido gestando debate dentro de nuestra jurisprudencia. Aunque cierto es que la posición dominante, al menos en los magistrados de la especialidad civil, es que el daño moral integra el grupo más amplio denominado daño a la persona. Esto se evidencia en los argumentos plasmados en la Casación N° 4664-2010-Puno, la misma que sirvió de base para convocar el Tercer Pleno Casatorio Civil. En dicha sentencia se leen las siguientes aseveraciones:

71. [S]egún doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie (...).

El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente. (...).

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona. (...)

74. Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo (...).

91. En cuanto al daño moral, a los efectos de la carga probatoria, debe considerarse comprendido dentro del daño a la persona. (...).

Incluso, dentro del punto dos del segundo precedente vinculante que dicha sentencia nos legó se anota que “el daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona”.

A pesar de que esta sentencia ha sido duramente criticada por especializada doctrina nacional por confundir la naturaleza jurídica de la compensación económica al cónyuge perjudicado con la separación de hecho (artículo 345-A del Código Civil), lo cierto es que se ha dejado de lado el concepto amplio de daño moral, es decir, como aquel perjuicio que no goza de estimación o valoración económica, para reconocerle un concepto restringido, como aflicción sentimental. Posteriores pronunciamientos en sede casatoria han seguido esta línea: “el daño moral, constituido por la lesión a los sentimientos de la víctima y que le produce un gran dolor, aflicción o sufrimiento afectando evidentemente en el daño moral la esfera subjetiva e íntima de la persona (...)” (Casación N° 1762-2013-Lima).

No obstante ello, ha sido la propia Corte Suprema la que ha tenido algunos problemas para encasillar dicha noción de daño moral (*pretium doloris*) a los casos de inexecución de obligaciones. El artículo 1322 del Código Civil, en el campo del incumplimiento, claramente señala: “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”. Aquí cabría preguntarse: ¿Debe resarcirse solamente los padecimientos anímicos del acreedor cuando el deudor incumple la obligación? ¿Podría el acreedor, al amparo del artículo 1322 del Código Civil, lograr el resarcimiento por el daño a la integridad psico-física (una de las expresiones del “daño a la persona”) que se deriva del incumplimiento del deudor?

Veamos las respuestas que ha dado la Corte Suprema en la Casación N° 1318-2016-Huancavelica. En esta sentencia se narra un caso de negligencia médica, el cual es enmarcada dentro del rubro de la “responsabilidad contractual” por la parte demandante, dado que, según su manifestación, mantenía una relación obligatoria con EsSalud a razón de los aportes que mensualmente realizaba en su calidad de operador (chofer) de Provías Departamental del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de Huancavelica. En ese sentido, reclama, entre otras sumas, S/ 400,000.00 por daño moral (aflicción) y S/ 600,000.00 por daño a la persona (proyecto de vida), a consecuencia del mal diagnóstico de la Estenosis Uretral Severa que se encontraba padeciendo. En primera instancia se brindó S/ 200,000.00 por daño moral y S/ 200,000.00 por daño a la persona, haciendo la siguiente precisión:

Respecto al daño moral, de las audiencias realizadas a las que ha concurrido el demandante se tiene que dicho demandante presenta signos de tristeza, aflicción, señalando repetidamente que ha sido objeto de un experimento humano por parte de los médicos, aspectos que se ven reflejados en el seno familiar.

En cuanto al daño a la persona, al haberse truncado el proyecto de vida de una persona de 46 años (al momento de la intervención quirúrgica), el monto debe estimarse también en forma razonable.

Formulada la apelación, la Sala Superior decidió reformar la sentencia de primera instancia, otorgando un resarcimiento equivalente a S/ 250,000.00 únicamente por concepto de daño moral. En este pronunciamiento se estableció:

En cuanto al daño a la persona no es susceptible de resarcimiento en la responsabilidad contractual, sino en la responsabilidad extracontractual, por lo que resulta improcedente al configurarse la causal prevista en el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil, al no ser jurídicamente posible reclamar tal indemnización.

La víctima se siente emocionalmente débil, angustiado, ansioso y constantemente sujeto a la depresión con labilidad emocional, con tendencia a tener un personalidad inestable, sintiéndose raro cada vez que la orina excede la talla vesical y sabe sale el olor fétido, más aun que no puede cumplir como varón con su cónyuge; estando demostrado que el incumplimiento de la demandada ha generado un menoscabo jurídicamente relevante en la esfera afectiva del reclamante, lo cual constituye una variación sustancial en las condiciones de existencia del reclamante por la afectación anormal y negativa corresponde estimar la indemnización por daño moral.

Se muestra evidente que los magistrados superiores comulgaron con la tendencia que reduce al daño moral al perjuicio sentimental o a la esfera emocional de las personas. Distinta hubiese sido el argumento de la decisión si se tomaba partido por el concepto amplio y tradicional del daño moral.

Ya en la Corte Suprema, se optó por resarcir el daño moral del demandado con la suma de S/ 800,000.00. En esta sentencia se hizo una explicación histórica de la aparición del daño a la persona en el Código Civil peruano y porqué sólo se la ubicó dentro del apartado atinente a la responsabilidad extracontractual y no así en la responsabilidad contractual, admitiendo, dicho sea de paso, que se empleó una inadecuada técnica legislativa, pues le restó coherencia al mencionado cuerpo legislativo. A pesar de eso, se insistió en la definición restringida del daño moral. Aquí los principales fundamentos:

Sétimo.- Daño moral y daño a la persona en materia de inejecución de obligaciones:

1. El daño a la persona fue introducido en el código civil en una reunión celebrada en julio de 1985, a escasos dos semanas de la promulgación del Código Civil. Por eso, solo hay referencia de él en el artículo 1985 del referido cuerpo legal, en el Título que regula la responsabilidad extracontractual y no en las normas de inejecución de obligaciones.
2. Tal defecto de técnica legislativa ha originado que en materia de inejecución de obligaciones se indemniza el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (artículos 1317 y 1322 del código civil) y en el campo extracontractual, a los rubros antes señalados, se le agregue el daño a la persona.
3. En sede extracontractual, ciñéndose a la regulación legal (artículo 1985 del código), de manera expresa se dice que la indemnización comprende el daño emergente, lucro cesante, daño moral y el daño a la persona, lo que exige, obviamente, hacer una distinción entre daño moral y daño a la persona, pues se trata de rubros que no pueden significar lo mismo dado que lo contrario sería indemnizar por los mismos conceptos. Por eso, debe asumirse que el daño moral es transitorio y se reduce a la aflicción por el daño causado, constituyendo un daño que no tiene la característica de patológico y que el daño a la persona es toda lesión a la integridad psicosomática y el daño al proyecto de vida, y es de naturaleza permanente.
4. La duda surge en el campo de la inejecución de obligaciones (responsabilidad contractual). Allí, como se ha indicado, la indemnización solo comprende el daño emergente, lucro cesante y daño moral. ¿Significa eso que en los supuestos que se perjudique la integridad psicosomática del individuo y su proyecto de vida no corresponde indemnizar, porque eso es, en realidad, daño a la persona?

5. Esta Sala Suprema entiende que la solución teórica sería la permanencia de uno de los conceptos, en ambos casos de responsabilidad: en estricto, el de daño a la persona o que, como en el caso de los artículos 345-A y el 1985 del Código Civil, la indemnización comprenda tanto el daño moral como el daño a la persona como conceptos distintos. Sin embargo, debe enfrentarse a solucionar un problema complejo desde los dispositivos existentes en plano interpretativo que se encuentre acorde con la necesidad de resolver un conflicto jurídico concreto y la función satisfactiva que cumple la indemnización desde un esquema microsistémico, pero que tampoco debe olvidar que macrosistémicamente deben disuadirse determinado tipo de actividades.

6. Es desde allí que este Tribunal Supremo considera que **en el caso en cuestión la única solución válida para quien ha sufrido severos perjuicios en su organismo, que repercuten en su estructura psíquica y en su entidad corporal, solo puede consistir en otorgar una indemnización que comprenda tanto lo que comúnmente se ha entendido como daño moral (aflicción, pena) como el perjuicio psicosomático sufrido y el daño al proyecto de vida (daño a la persona), pues entonces la víctima recibe una reparación acorde con el daño sufrido.** Lo contrario ocasionaría que a pesar de haberse verificado el daño se privilegie, por un asunto de formas, la guerra de etiquetas conceptuales, y se niegue a la víctima, a quien le es irrelevante saber cómo se llama el daño, la indemnización que le corresponde.

7. Eso nos lleva a señalar que, **en el campo de la inejecución de obligaciones, el daño moral resulta equivalente a la noción conceptual del daño a la persona, es decir, hay que entenderlo de manera amplia como aflicción o sufrimiento, daño a la integridad psicosomática y daño al proyecto de vida,** de lo que sigue que cualquier pedido que se realice por daño moral deberá tener en cuenta tal situación (el resaltado es nuestro).

Entonces, la Corte Suprema, al menos en cabeza de los jueces de la especialidad civil, sólo por excepción, es decir, sólo cuando se presenten conflictos de sobre responsabilidad por inejecución de obligaciones (por lo que se descarta en el campo de la responsabilidad aquiliana), será adecuado tratar como sinónimos al “daño moral” y al “daño a la persona”, ya que esta sería la única vía para cumplir “con el principio de reparación integral que se traduce en colocar materialmente a la víctima en la misma (o similar) situación en la que se encontraría de no haber sufrido el daño”.

Demás está decir, pues ya lo señalamos con anterioridad, que el daño sin contenido económico sencillamente no es compensable, por lo que no podría afirmarse el cumplimiento del principio de “reparación integral”. Entonces, por ese lado, ya la premisa de la que se parte para asemejar al “daño moral” con el “daño a la persona” se torna incorrecto. Por otro lado, pensamos que todo esto se hubiese podido evitar si se le devolvía a la voz “daño moral” su común significado, es decir, como perjuicio sin contenido patrimonial, siendo el “daño a la persona” una de sus subespecies.

La jurisprudencia laboral, por el contrario, ha venido gestando sentencias en las que restituyen al “daño moral” de su clásica noción. Una muestra de ello lo podemos ubicar en la Casación N° 19647-2017-Arequipa, en donde se anota:

El daño moral, contenido en el artículo 1322 del Código Civil, puede ser concebido como un daño no patrimonial inferido sobre los derechos de la personalidad o en valores, que pertenecen más al ámbito afectivo que al fáctico y económico; en tal sentido, el daño moral abarca todo menoscabo proveniente del incumplimiento de cualquier obligación que se pueda valorar en función de su gravedad objetiva. Asimismo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales, por tratarse de intereses tutelados reconocidos como derechos no patrimoniales.

Esta premisa se ha trasladado a sus acuerdos plenarios, por lo que resulta importante avocarnos a ellos, ya que los daños inmateriales que se producen se enmarcan dentro de una relación contractual, es decir, la responsabilidad que se produce no es aquiliana. En el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional se llegó al siguiente acuerdo para los casos de resarcimiento de daños por despido incausado y fraudulento:

En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el **daño moral**. (...) (el resaltado es nuestro).

La referencia al daño moral que se hizo en el V Pleno está vinculado al menoscabo a los derechos de la personalidad, como el honor mellado por el acto de despido, aspecto que se condice con la versión no limitada de dicho tipo de perjuicio.

En el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, en la discusión sobre la responsabilidad civil por accidentes de trabajo al amparo del artículo 53 de la Ley N° 29783 (Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo), se forjó este acuerdo:

En caso se reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma de dinero por daños punitivos, cuyo monto máximo será fijado con criterio prudencial por el juez, sin exceder el total del monto indemnizatorio ordenado pagar por daño emergente, lucro cesante o **daño moral** y atendiendo a la conducta del empleador frente al caso concreto (el resaltado es nuestro).

Lo rescatable de este acuerdo plenario es que da pie al reconocimiento implícito que se hace al “daño moral” como perjuicio somático, dado que se está haciendo alusión a los accidentes que ocurren en el desenvolvimiento del trabajo. Aquí, nuevamente, se deja de lado la diminuta definición de “daño moral” como mella a los sentimientos del damnificado

Ahora bien, aunque nuestra investigación no se centra en esta temática, no queremos dejar pasar la ocasión de expresar nuestra discrepancia con la decisión expuesta en ambos plenos jurisdiccionales de introducir sin mayor reflexión en nuestro ordenamiento jurídico a los así bautizados “daños punitivos”.

Lo primero que se debe poner de manifiesto es que no resultó adecuada la traducción literal que se hizo de la expresión anglosajona “*punitive damages*” a “daños punitivos”, pues la primera tiene una naturaleza muy particular, de ahí que autores en nuestro medio como Espinoza Espinoza (2017b, p. 16), Campos García (2019, p. 207) y Buendía de los Santos (2020a, p. 178) prefieran hablar en este ámbito de “multa civil”, “indemnización punitiva” o “resarcimiento sancionador”, respectivamente, dado que lo que es catalogado como un castigo no es el daño, sino más bien el monto adicional que se otorga a favor del sujeto lesionado.

Propiamente los *punitive damages*²⁷ se producen cuando la sentencia estipula el pago de una suma que va más allá del daño realmente sufrido por el damnificado, esto con el claro objetivo de castigar aquellos comportamientos que vienen caracterizados por la malicia y, en general, por un daño socialmente significativo. Por ejemplo, en la experiencia estadounidense, la condena al pago de *punitive damages* es frecuente en los supuestos en los

²⁷ En nuestro medio, Buendía de los Santos (2020a) es el que ha realizado un estudio pormenorizado sobre esta institución propia de los ordenamientos pertenecientes a la familia del *common law*, sobre todo el estadounidense, abarcando dentro sus tópicos lo atinente a las funciones que cumpliría el *tort law*, la evolución histórica de los *punitive damages* a través de los casos más importantes que conoció la judicatura norteamericana, los escenarios en los que los *punitive damages* se volvieron más recurrente, el enfoque económico de los *punitive damages*, etc. Todo ello luego lo aplica para determinar la ilegalidad de los “daños punitivos” gestados por los plenos jurisdiccionales que concretaron los altos jueces de la especialidad laboral (pp. 145-186).

que determinadas conductas deben ser castigadas por su carácter doloso, opresivo, ultrajoso o por la magnitud de su repudio social, especialmente cuando de lo contrario faltaría una sanción efectiva, dado el monto exiguo del resarcimiento debido al empleo de los parámetros habituales (Busnelli y Patti, 1997, pp. 192-193).

Al respecto, debe decirse que la importación llevada a cabo por la magistratura nacional sobre dicha categoría resulta ser reprochable²⁸ por al menos tres aspectos: i) los *punitive damages* operan comúnmente en un sistema de jurados (modelo no seguido en el Perú), pues son estos quienes ordenan y señalan el monto a pagar por dicho concepto (D'Alessandro, 2018, p. 314); ii) una de las características de los *punitive damages* es que su valuación pecuniaria sea comúnmente elevada y, sobre todo, mayor al resarcimiento compensatorio. Por ejemplo, si uno revisa los casos más sonados de las cortes estadounidenses observará que los montos pagados por *punitive damages* resultan ser exorbitantes (Liebeck vs. McDonald's Restaurants: US\$ 160.000.00 por los daños corporales sufridos y US\$ 480.000.00 por *punitive damages*). En el Perú, por el contrario, se fijó una base de cálculo irrisoria: “la suma dejada de aportar al sistema previsional”, lo que de ninguna manera permitiría materializar algún tipo de función sancionatoria o desincentivadora; y, iii) los *punitive damages* vienen siendo, desde algún tiempo atrás, cuestionados en su propio ordenamiento de origen. Como nos refieren Busnelli y Patti (1997):

En la literatura anglosajona incluso se ha discutido sobre la admisibilidad de una función punitiva del Derecho Civil: la legitimidad del castigo, realizado a través de la aplicación de reglas o institutos civiles, se torna sumamente dudosa, puesto que el comportamiento reprochable no se encuentra previsto como un “delito”. Por otro lado, se observa que, si el hecho constituye un delito, la sentencia al pago de *punitive damages* determina una multiplicación de las sanciones, ya que la sanción de carácter civil se agrega a la de carácter penal. Finalmente, en ausencia de parámetros precisos, la cantidad por *punitive damages* se deja a la irracionalidad y prejuicios de un jurado, a menudo incapaz de evaluar los intereses de la sociedad (p. 195).

Por último, si existía alguna intención de incorporar esta figura como “daño resarcible”, lo aconsejable hubiese sido seguir la línea legislativa, muestra palpable de ello es el caso argentino, pues fue con la Ley N° 26.361 con la que se logró incorporar (se agregó el artículo 52 bis a la Ley N° 24.240) a los “daños punitivos” en materia de consumo²⁹. Esto lo ha explicado bien Espinoza Espinoza (2017b) cuando expresa que en las experiencias del *civil law* “los daños punitivos (o multas civiles por comportamientos desaprensivos), entendidos como una voz autónoma de daño, sólo podrán ser introducidos en nuestro sistema por una ley” (p. 17). Del mismo parecer es Buendía de los Santos (2020a) cuando hace énfasis que toda intención sancionadora debe cumplir con los requisitos de legalidad y tipicidad, esto es, que sea una norma de carácter legislativa la que establezca la sanción y la conducta que gatillará dicha sanción (pp. 179-183).

Dejando ya el tema de los “daños punitivos laborales” y volviendo al asunto de la comprensión de los daños inmateriales, la conclusión sería que la jurisprudencia, lejos de aportarnos una solución, nos envuelve en muchos problemas en cuanto a la misión de encontrar un concepto unívoco del “daño moral”, aplicable tanto para los supuestos de responsabilidad contractual como extracontractual.

²⁸ Un reproche que va más allá de las características propias del instituto de los *punitive damages* y que se centra en el problema de la no tipificación normativa de los despidos incausado y fraudulento, así como de sus consecuencias jurídicas, se puede encontrar en el trabajo de Campos García (2019, pp. 203-218)

²⁹ En lo concerniente a las virtudes y falencias de la regulación argentina sobre este tema se recomienda revisar las anotaciones de Moisés (2008, pp. 435-445) y Kemelmajer de Carlucci (2014, pp. 423-440).

1.4.2.3. Nuestra apreciación sobre el daño moral

Corresponde que aquí adoptemos una posición clara respecto de la noción que manejaremos para la voz “daño moral” en materia de responsabilidad civil, tanto para los casos de perjuicios aquilianos (extracontractuales) como para aquellos que derivan de la inejecución de una obligación previamente asumida, dado que, desde nuestra perspectiva, los caracteres que rodean al “daño” devienen en equivalente en ambos tipos de regímenes.

Creemos que es importante para la toma de la decisión transitar por al menos tres aspectos de gran relevancia, esto a propósito del recuento que hemos realizado sobre las ideas provenientes de la doctrina nacional y los pronunciamientos emitidos por nuestra Corte Suprema: a) las peculiaridades del “daño a la persona” en el ordenamiento jurídico italiano, b) los alcances del “daño moral” en la doctrina anterior a la vigencia del Código Civil de 1984; y, c) la presencia del “daño moral” y el “daño a la persona” en el Código Civil de 1984.

1.4.2.3.1. El daño a la persona en Italia

En lo que concierne al primer punto, no cabe duda, pues lo expresa el propio Fernández Sessarego, que el “daño a la persona” es una figura importada del ordenamiento jurídico italiano, es decir, no es una voz que haya surgido de alguna fuente legislativa, jurisprudencial o doctrinaria peruana. Esta circunstancia es la que impone el deber de conocer las peculiaridades del “daño a la persona” dentro del régimen italiano.

Si uno revisa los trabajos de Fernández Cruz y León Hilario -citados en el acápite anterior- sobre la evolución del catálogo de daños resarcibles en Italia, notará que la aparición del “daño a la persona” se debe a una particularidad propia de dicho ordenamiento jurídico. Veamos: de acuerdo a lo establecido en el Código Civil italiano, los daños se veían clasificados en: i) patrimoniales (artículo 2043³⁰); y, ii) extrapatrimoniales (artículo 2059³¹), siendo los primeros asociados con la pérdida efectiva de activos y, además, con la frustración en la obtención de ganancias (artículo 1223); mientras que los segundos con el sentimiento de dolor o perturbación del estado de ánimo, siempre que hayan sido el producto de la comisión de un acto delictivo.

En tal sentido, en Italia, desde los orígenes de su vigente cuerpo de leyes civil, el daño extrapatrimonial se hallaba identificado con aquello que se conocía (y se conoce hasta el momento) como “daño moral subjetivo” o “*pretium doloris*”, y que además dependía exclusivamente de los actos derivados de la infracción de la ley penal. Una voz autorizada anota que esta peculiaridad del Código Civil de 1942 se debió principalmente a la doctrina dominante que comentaba el anterior Código (Código Civil de 1865) sobre los alcances del “daño moral” y la función que este venía a desempeñar teniendo como base la idea que únicamente son resarcibles los perjuicios de naturaleza patrimonial:

[A]nte la ausencia en el Código Civil de 1865 de disposiciones específicas sobre el tema, los intérpretes en su mayoría habían adoptado una noción de daño, objeto de resarcimiento, correspondiente a los perjuicios puramente económicos, es decir, a los efectos pecuniarios derivados de un hecho ilícito.

Utilizando unas herramientas conceptuales introducidas por el Código Penal de 1889, cuyo artículo 38 había previsto la reparación en dinero por cualquier delito contra el honor de la

³⁰ **Artículo 2043 del Código Civil italiano.**- Todo hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño.

³¹ **Artículo 2059 del Código Civil italiano.**- El daño no patrimonial debe ser resarcido en los casos determinados por la ley.

persona o de la familia, se sostenía, además, que el daño moral, que consiste en el dolor y el sufrimiento, no pudiendo ser propiamente resarcido, puesto que no conlleva una disminución del patrimonio de quien lo sufre, solo puede ser mitigado castigando a las personas que cometieron la ofensa, con obligarlas a pagar una suma de título de consuelo. De lo cual se deduce que en la cultura de la época el pago de un dinero a título de liquidación de daño moral tenía una finalidad punitiva (Visintini, 2015: 264-265).

La misma referencia se puede ubicar en el trabajo de Anzani (2011): “En el momento que entró en vigor el Código, el artículo 2059 solo se podía leer a través de la combinación de los artículos 185 del cod. pen. y 89 del cod. proc. civ., por lo que se atribuyó en 1942 a la locución [daño no patrimonial] el significado de ‘daño moral subjetivo’, de modo que la disposición legal civil vino asignada con una función marcadamente sancionadora” (p. 395).

Esta premisa con la que partió el Código Civil italiano en 1942 se vio sumamente criticada con el transcurrir del tiempo, dado que en no pocas ocasiones se presenciaban daños de corte no económico que, por no provenir de la comisión de un delito, se veían privadas de una tutela resarcitoria, esto sumado al carácter restringido de su “daño no patrimonial” como menoscabo a la estabilidad emocional de las personas. Expresado en otros términos, la protección de las atribuciones jurídicas no pecuniarias frente a los daños era sumamente débil en contraste con aquella que se brindaba a las titularidades de naturaleza patrimonial, de ahí el reproche al alcance de las disposiciones normativas de la responsabilidad aquiliana para la tutela de los perjuicios no económicos.

En esa línea, se comenzó a problematizar en Italia sobre la necesidad de “garantizar la preeminencia de los valores de la persona” (...) y por lo tanto de prestar una adecuada tutela compensatoria a los daños consiguientes a la lesión de los derechos fundamentales distintos de los patrimoniales, y no expresamente contemplados en una específica disposición normativa” (Viglianisi Ferraro, 2017, p. 110), con lo cual, en aras de paliar dicho contexto, saltaron a la palestra una gran tipología de “voces” de daño, siendo de particular interés para nosotros el del “daño biológico” (o “daño a la salud”).

El daño catalogado como biológico en el ordenamiento italiano, en una primera etapa, fue contemplado como el correlato peyorativo en la generación de riqueza por parte del damnificado ante la lesión de su integridad psicofísica. Así, el daño biológico venía a ser la consecuencia negativa en la esfera de la productividad en la que caía la víctima luego de ver menoscabada su corporalidad. Esto se reforzaba aún más con la forma que tenían los jueces para cuantificar el perjuicio “biológico”: el punto de apoyo para la valorización pecuniaria del daño era la contraprestación que recibía el damnificado en el desenvolvimiento de su actividad laboral. Por eso, según Gentile, de acuerdo con lo esgrimido por Busnelli y Patti (1999) “este tipo de daño se resolvía esencialmente ‘en la pérdida económica que deriva de la persona lesionada por una determinada modificación desfavorable en su capacidad de trabajo’” (pp. 42-43).

Fue por tal razón que la jurisprudencia comenzó a formular fuertes críticas sobre dicha conceptualización. Al respecto se solía argumentar que:

(...) no era posible hacer referencia a una categoría de daños, como los “biológicos”, clasificados entre los daños extrapatrimoniales regulados por el artículo 2059 cód. civ. it. y luego elaborar un mecanismo de valoración que encuentra su fundamento jurídico en el artículo 2043 cód. civ. it.; al mismo tiempo, no es posible buscar nuevos instrumentos de tutela de la persona (y de la “salud” individual) para luego llegar a un sistema que hace de la persona un “objeto” susceptible de valoración pecuniaria. (Alpa, 2016, p. 823)

Un paso importante en la configuración del daño biológico como integrante de los daños no patrimoniales se obtuvo a través los pronunciamientos del Tribunal Constitucional de julio

de 1979 (sentencias N° 87 y 88). El caso versaba sobre un accidente de disparos con un fusil de caza, en la que los damnificados reclamaron al sujeto condenado penalmente un monto resarcitorio por el perjuicio causado a su estado de salud, distinto a los daños patrimoniales consistentes en los gastos de curación y el lucro no obtenido por la imposibilidad de trabajo. Aquí, el Tribunal, dotando al derecho a la salud prescrito en el artículo 32 de la Constitución italiana como uno de carácter individual y no necesariamente programático, estableció que sí correspondía otorgar un resarcimiento por el menoscabo ocasionado a la integridad psicofísica de las víctimas, puesto que este resultaba ser un auténtico daño no patrimonial.

A pesar de lo anterior, se mantuvo la regla de la conjugación de los artículos 2059 del Código Civil y el 185 del Código Penal, esto es, que la reparación de los perjuicios no económicos dependía de la comisión de un delito. Así nos lo anota Anzani (2011): “Siguiendo las sentencias del Tribunal Constitucional de 26/07/1979, núms. 87-88, (...) el ‘daño biológico’ se incluyó en la categoría más amplia de ‘daño no patrimonial’ al cual se refiere el artículo 2059 del cod. civ., pero, por otro lado, la reparación aún se encontraba subordinada a la condición de que el ilícito aquiliano integrase el supuesto de hecho de un delito” (pp. 395-396).

El “daño biológico” o “daño a la salud” (a pesar de la última referencia hecha en el párrafo anterior), por ende, partía del reconocimiento de la intangibilidad psicológica y física de las personas, por lo que “se vio en la lesión a dicho derecho un evento cuya principal consecuencia extrapatrimonial podía no sólo evaluarse de forma objetiva (mediante el examen médico legal y sus respectivos baremos), sino además, liquidarse en forma absolutamente independiente del perjuicio económico” (Koteich Khatib, 2012, p. 22).

Luego, con la sentencia N° 184 de julio de 1986, el Tribunal Constitucional volvió a dar alcances sobre el daño biológico, catalogándolo ahora como un “daño evento”, proveniente del quebrantamiento del derecho a la salud recogido en el artículo 32 de la Constitución, guiable a la disposición contenida en el artículo 2043 del Código Civil, y resarcible al margen de cualquier consecuencia de carácter patrimonial o extrapatrimonial.

[El daño biológico] según la Corte Constitucional, debe ser considerado “el evento interno al hecho lesivo de la salud, que debe existir y ser probado de manera necesaria, sin poder tener relevancia las consecuencias eventuales externas al hecho interno (morales o patrimoniales (...)). (...) “[E]l daño biológico (o fisiológico), al identificarse con un tipo de evento, es un daño específico, es un tipo de daño. Por el contrario, el daño moral subjetivo es un género de daño-consecuencia que puede derivar de una numerosa serie de tipos de eventos (...)”. (...) [Por lo tanto], el daño biológico deriva de la simple lesión de la salud, está vinculado al menoscabo psicofísico del sujeto y es, precisamente, “siempre lesivo, sin necesidad de prueba alguna, del bien salud”. De dicho evento puede luego derivar un daño patrimonial y, si existe delito, incluso un daño moral (Alpa, 2016: 836-837).

Por eso es que Santos (2015) no se equivoca cuando menciona que la judicatura italiana excluyó al daño biológico del alcance del artículo 2059 del Código Civil italiano, razón de su distinción con el “daño moral” (p. 56). Consiguientemente, se comprendió que:

(...) el daño moral corresponde a la categoría de los daños consecuencia y, por eso, no siempre aparece en los ilícitos. El daño biológico, por otra parte, es un daño en sí mismo y se identifica con el propio acto o evento. Es un hecho interno a la estructura del hecho lesivo (...). El daño biológico está comprendido en el artículo 2043, que hace referencia al daño injusto, y su resarcibilidad deriva de una lectura constitucional del Código Civil; vale decir, a la luz del artículo 32 de la Constitución italiana, que ampara la salud (Santos, 2015, pp. 56-57).

El siguiente estadio de la evolución del daño no patrimonial en Italia se encuentra en las sentencias “gemelas” del 2003 (Ns° 8827 y 8828) de la Corte de Casación y por una sentencia expedida en el mismo año por el Tribunal Constitucional (N° 233). En las primeras:

(...) [e]l alto tribunal lleva a cabo la obra de total división entre el artículo 2059 C.C. por el artículo 185 C.P. y aclara que debe ser creído “ya adquirido por el ordenamiento positivo el reconocimiento de la amplia extensión de la noción de ‘daño no patrimonial’, entendido como daño a la lesión de valores inherentes a la persona, y ya no solo como ‘daño moral subjetivo’” (Viglianisi Ferraro, 2017, p. 111).

Mientras que en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se sostuvo que:

[P]uede afirmarse ahora superada la afirmación tradicional según la cual el daño no patrimonial determinado por el artículo 2059 C.C. se identificaría con el llamado daño moral subjetivo, puesto que, a través de un sistema bipolar de daño patrimonial y de lo no patrimonial, debe, en cambio, promoverse una interpretación constitucionalmente orientada del artículo 2059 C.C., destinada a subsumir la abstracta previsión de la norma a cada daño de carácter no patrimonial resultante de la lesión de valores inherentes a la persona: y por lo tanto, sea el daño moral subjetivo, entendido como la transitoria turbación del estado de ánimo de la víctima; sea el daño biológico en sentido estricto, entendido como la lesión del interés, constitucionalmente garantizado, a la integridad psíquica y física resultante de un examen médico; y por último el daño (...) resultante de la lesión de intereses de rango constitucional inherentes a la persona (Viglianisi Ferraro, 2017pp. 110-111).

Como se observa, entonces, hasta este momento histórico de la jurisprudencia italiana, lo principal para la expansión de la noción que se tenía sobre el daño no patrimonial tuvo como premisa clave la mella en el estado de la salud de las personas que no podían ser reparadas al amparo del artículo 2059 del Código Civil debido a la remisión que esta hacía a la legislación penal, circunstancia que permitió la ulterior creación del “daño biológico”, el cual tuvo como matriz normativa el artículo 32 de la Constitución italiana. Fue a partir de este postulado que luego la tendencia de otorgar resarcimientos por la vulneración a algún derecho fundamental se acentuó más en este ordenamiento jurídico. Por eso, la definición que se otorga al “daño a la persona” por parte de la doctrina italiana es el siguiente: “lesión a los bienes o derechos primarios, en la medida que son inherentes a la persona (el derecho a la vida, a la integridad física, reputación, confidencialidad, etc.)” (Busnelli y Patti, 1999, p. 43).

No obstante ello, la figura macro en el derecho italiano es el de “daño no patrimonial”, mas no el de “daño a la persona”, puesto que en ningún momento, por ejemplo, se logra asociar al catalogado “daño moral subjetivo” dentro de esta última categoría. Es más, una valiosa doctrina italiana ha definido al “daño no patrimonial” en los siguientes términos:

No patrimonial es el daño causado por la lesión a los intereses inherentes a la persona que no tiene relevancia económica: es decir, no pueden ser satisfechos por prestaciones susceptibles de evaluación pecuniaria. Se trata, por lo tanto, de la lesión a los intereses que la conciencia común considera ajena a la lógica del dinero, o no reconducible a ella: el daño a la integridad física y la salud (daño biológico, incluido el daño estético), a la reputación, a la dignidad personal, nombre, imagen, privacidad, relaciones familiares; el sufrimiento causado por la acción injusta de otros (daño moral) (...). (Trimarchi, 2017, pp. 546-547)

Entonces, se confirmaría que el “daño a la persona” es una subespecie del “daño no patrimonial”. Además, aquella no contendría al “daño moral subjetivo” (*pretium doloris*).

Conviene mencionar un dato adicional sobre el “daño a la persona”: este, más que hacer alusión a un perjuicio específico, es sencillamente una referencia a la entidad que llega a sufrir un menoscabo, pero que, no obstante, genera daños de carácter patrimonial y no patrimonial. Dicho de otra manera, el mencionado “daño a la persona” se traduciría en la lesión a los derechos que le son propios a la persona humana (daño evento), sin embargo, las

consecuencias que se derivan de ella y que, consecuentemente, son las que resultan siendo resarcidas (son en estricto “daños”, o “perjuicios” si se utiliza la terminología empleada por un sector de la doctrina francesa), pueden ser de carácter patrimonial (daño emergente o lucro cesante), o no patrimonial (daño moral subjetivo, daño a la integridad física, etc.). Visintini (2015) refiere:

El daño a la persona presenta aspectos patrimoniales y no patrimoniales.

Los primeros no suscitan especiales problemas, excepto el de comprobar las pérdidas y las ganancias frustradas experimentadas por la víctima. Vienen en consideración el daño laboral, es decir, la pérdida de la retribución por efecto de la incapacidad para el trabajo, la pérdida de oportunidades de negocios, gastos médicos y hospitalarios, los gastos de asistencia de enfermería y la compra de equipos sanitarios y, en caso de muerte, los gastos funerarios.

(...) [E]s necesario que la lesión personal derive de un delito, para poder obtener el resarcimiento del daño moral, además del patrimonial. (...) [Aunque] con el tiempo se ha logrado salir de la dependencia respecto al juicio penal (...) (pp. 274-275).

Para culminar este recuento de la realidad italiana en lo referente al “daño no patrimonial” y al “daño a la persona”, no podemos dejar pasar una interesante reflexión, en la que se ha considerado que toda esta evolución doctrinaria y jurisprudencial se hubiese podido evitar si el legislador de 1942, en vez de seguir los lineamientos del BGB alemán en cuanto al resarcimiento de los perjuicios no susceptibles de estimación económica, se decantaba por mantener la ruta marcada por el Proyecto Italiano-Francés de Código de las Obligaciones y de los Contratos, que de alguna manera se veía nutrida por la concepción amplia que en Francia se había dado al “daño moral”, la misma que no limitaba en ninguna medida el resarcimiento de los perjuicios de corte no pecuniario:

[E]n Francia, el *dommage moral* engloba la totalidad de los daños no patrimoniales por lesiones a la persona, lo que no excluye que dentro de él los perjuicios tomados en consideración sean más de uno.

Como resultado, en tal ordenamiento el daño no patrimonial es aquel que sigue al menoscabo de la persona, aquello que hoy, al anclarlo a la violación de los derechos constitucionalmente garantizados, nos liberó de las restricciones del artículo 2059, desconocido para el Código francés. Podríamos concluir, por lo tanto, que **probablemente no habríamos tenido una experiencia tan convulsiva y confusa como la que tuvo lugar en torno al artículo 2059 si el codificador de 1942, en lugar de seguir, erróneamente, el modelo alemán, hubiera aceptado en el artículo 2059 el texto del artículo 85 del Proyecto Italo-Francés de Código de las Obligaciones y Contratos**, el cual prescribía: “1) La obligación de resarcimiento incluye todos los daños, tanto materiales como morales, ocasionado por el acto ilícito. 2) En particular, el juez podrá atribuir una indemnización a la víctima en caso de lesión de la persona, del honor o reputación de la persona o su familia, de la violación de la libertad personal, del domicilio o del secreto concerniente a la parte perjudicada. 3) El juez podrá también otorgar una indemnización a los parientes, a los afines o al cónyuge a título de reparación por el dolor sufrido en los casos de muerte de la víctima”. Y es que no siempre lo que viene después es mejor de aquello que lo precedió. Esto ocurrió con nuestro código en el punto del daño no patrimonial (Castronovo, 2006: 97) (el resaltado es nuestro).

Luego de todo este recorrido conviene consultarnos si en nuestra realidad ocurrieron acontecimientos similares a los de Italia que hayan podido justificar, al menos mínimamente, la importación de la categoría “daño a la persona”. Si tomamos para nosotros las últimas palabras redactadas por Castronovo, no parecía muy aconsejable para el ordenamiento jurídico peruano cargar con todos los inconvenientes que la jurisprudencia y doctrina italiana tuvieron que sondear para tratar de reparar cabalmente los perjuicios no patrimoniales.

Un aspecto a tomar en cuenta es que el camino italiano, iniciado en 1942 por las disposiciones de su -en ese entonces- novedoso Código Civil, fue marcado por su apartamiento del modelo resarcitorio y tipología de perjuicios del sistema francés. Por lo que podría inferirse que, aquellos países que siguieron el ordenamiento galo en el tema de daños, el cual es abierto o no típico³², difícilmente se hubiesen topado con la necesidad de inventar “voces” resarcibles, como el “daño a la persona”.

1.4.2.3.2. El daño moral en el Código Civil de 1936

Lo apuntado en el acápite anterior nos lleva inmediatamente al segundo punto de análisis para comprender el alcance del daño moral dentro de nuestro actual Código Civil, el cual se vincula a la definición y particularidades de dicho tipo de perjuicio durante la vigencia del Código Civil peruano de 1936, dado que, según el creador de la categoría del “daño a la persona”, antes de su arribo al Perú, no existía un adecuado mecanismo de tutela de los derechos inherentes a las personas, tales como la identidad, la integridad, el honor, etc.

Veamos, la referencia normativa del daño moral en el marco de la tutela resarcitoria se hallaba en el artículo 1148 del Código Civil de 1936, el cual prescribía: “Al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”. La literalidad del dispositivo nos podría llevar a pensar que el “daño moral” no era más que un criterio a tomar en cuenta al momento de cuantificar los perjuicios (“materiales” entendemos) ocasionados al damnificado. No obstante, la realidad era completamente diferente, ya que, lo que el artículo *in comento* nos quería decir era que, en los casos que se evidenciaba un “acto ilícito”³³, aparte de la posibilidad de entregar una suma de dinero por concepto de daño emergente o lucro cesante, el magistrado se encontraba habilitado para brindar un resarcimiento por el menoscabo a los bienes inmateriales del perjudicado. Esto se desprende de un pasaje de la Exposición de Motivos de dicho cuerpo legislativo:

No es preciso, por otra parte, que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o menoscabos en ciertos bienes inmateriales. (...) La actitud prudente de nuestra formulación puede ser notada en el hecho de haberse atribuido al juez la facultad de influenciar la indemnización por el factor moral que hubiere intervenido. Por este medio la jurisprudencia estará habilitada a reparar o satisfacer todos los intereses respetables. Habrán casos sin duda en los que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana o al perjuicio de ciertos aspectos de bienes no materiales. (Guzmán Ferrer, 1977, p. 786)

Obsérvese cómo es que se resalta la facultad del juez para reparar los daños derivados de la lesión a los intereses carentes de valoración económica. Se puede agregar, para validar lo esgrimido, que en el Código Penal de 1924, en el artículo 66, se prescribía que “La reparación civil comprende: (...) 3. La indemnización del perjuicio material o moral irrogado a la víctima del delito, a su familia o a un tercero”.

A todo esto, ¿qué era entonces el daño moral dentro del Código Civil de 1936? La Exposición de Motivos ya nos daba un primer acercamiento, pues en ninguna parte hacía alusión a alguna

³² “Sobre los casos de daños inmateriales, se tiene la difícil pregunta de cómo evaluar el interés no económico en términos pecuniarios, una cuestión que, sin embargo, no es peculiar sólo del área de los derechos de la personalidad, sino que surge en todos los casos de perjuicios inmateriales. En este contexto, hay que tener presente que, en general, algunas jurisdicciones son más reacias que otras a conceder un resarcimiento pecuniario por daños morales. De conformidad con la posición general adoptada respecto de la reparación de los perjuicios no económicos, el sistema jurídico francés es, por ejemplo, bastante abierto cuando se trata de la indemnización de los daños no pecuniarios sufridos como consecuencias de una violación de los derechos de la personalidad (...)” (Steininger, 2018, pp. 19-20).

³³ **Artículo 1136 del Código Civil de 1936.-** Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo.

forma de menoscabo emocional. Si bien es cierto que se hablaba de “dolores”, también lo era que dichos dolores se enmarcaban dentro de cualquier detrimento inmaterial. Por lo tanto, parecería que el legislador de 1936 no quería asemejar el daño moral al *pretium doloris*, más aún cuando al final de la Exposición de Motivos se incluía dentro de aquella a la aminoración de los “sentimientos de la persona humana” y, además, los “perjuicios de ciertos aspectos de bienes no materiales”, es decir, de carente relevancia patrimonial.

En ese sentido, Rey de Castro (1972) sostenía de forma sucinta que “el daño moral constituye una lesión injusta a un derecho extrapatrimonial” (p. 345). Seguidamente agregaba que tales daños podrían venir acompañados, según las circunstancias, de los perjuicios materiales. Ejemplificaba su dicho, esto es, de una reparación conjunta entre daño moral y daño material, con los casos de perjuicios derivados de accidentes de tránsito, mientras que graficaba la presencia solo de daños morales con las hipótesis vinculadas a las afirmaciones con contenido difamatorio. Además, era muy enfático al sostener que -en esa época- eran muchas las legislaciones que tendían a ampliar los márgenes del daño moral para reparar distintos tipos de derechos personales sin ningún tipo de alcance pecuniario:

Las legislaciones de hoy y los ante-proyectos acopian buen número de derechos circunscritos a la protección de la personalidad del hombre. Se trata de prohibir y sancionar con esta política jurídica las discriminaciones por razón de raza, sexo, religión, etc.; la usurpación del nombre de las personas; los vejámenes a la reputación; la divulgación innecesaria de secretos del prójimo; la explotación de la semejanza física; la reproducción de la propia imagen sin consentimiento; los exámenes médicos, físicos, etc. no consentidos por el interesado, salvo situaciones de grave emergencia, etc.

Se advierte, pues, que se va ensanchando el campo de acción del daño moral. Ya no se conciben los dolores físicos o afectivos como los únicos indemnizables. (Rey de Castro, 1972, p. 345)

Del mismo parecer era Olazabal F. (1961), pues definía a este perjuicio como “todo menoscabo que sufre una persona, en su fama, su reputación o en su honor, es decir, se daña al sujeto en su persona o la de su familia, aunque no materialmente” (p. 528). A su vez, informaba que “[l]a jurisprudencia nacional ha sancionado en los casos de daños sufridos en accidentes de tránsito, que también el daño moral es indemnizable. Así mismo ha sancionado como daño moral la imputación hecha a un comerciante de vender licores falsificados, sin que haya constatado la veracidad de dicha imputación” (Olazabal F., 1961, p. 529). De esta última cita se logra extraer que el daño moral cubría, tanto los perjuicios a la integridad física, como también la vulneración al derecho al honor.

Solf García Calderón (citado por Wicht Rossel, 1959), en su monografía “Daño moral”, conceptualizaba a los daños no patrimoniales como “aquellos que causan quebrantos de orden moral, sin perjuicio de que puedan o no causar menoscabo de orden económico” (p. 7). En esa tónica, entendía que el daño moral se podía gestar incluso cuando alguien contrariaba los derechos de la personalidad de otro sujeto, como por ejemplo, la lesión al derecho a la imagen derivada de la apropiación, difusión e impresión de una fotografía sin contar con la autorización respectiva del titular (Solf García Calderón citado por Wicht Rossel, 1959, p. 7).

Sobre la reparación de los perjuicios ocasionados al derecho a la imagen vía daño moral se pronunciaba también Witch Rossel (1959):

[C]uando no se limite el fotógrafo o el aficionado a obtener el retrato, sino que lo expone o difunde, por periódicos, escaparates, revistas, actualidades cinematográficas, etc. sí puede y debe intervenir la ley y apreciar si se produjo daño o no al efigiado. (...).

El juez averiguará si se trata de un exceso de histerismo o de sensibilidad patológica la que lleva al efigiado a impedir la publicación de su imagen, o, si por el contrario, se trata de una injusta y malsana actitud del autor de la reproducción o difusión.

En este segundo caso, bastará que el titular pruebe la ofensa o la desazón irrogada, para que el magistrado vea la difusión o exposición de la imagen e imponga el resarcimiento correspondiente por los daños materiales o morales que haya producido (p. 21).

Nótese pues que la doctrina estimaba que el daño moral sí resultaba competente para salvaguardar los menoscabos a los derechos de la personalidad, lo que incluía por supuesto hipótesis atinentes a la lesión a la integridad física y psíquica, como también el sufrimiento sentimental (daño moral subjetivo o *pretium doloris*).

A pesar de ello, cabe admitir que importantes referentes de la doctrina peruana dentro de la vigencia del Código Civil de 1936 sí reducían el contenido del daño moral al estado anímico negativo o aflicción emocional. Nos referimos a León Barandiarán y a Castañeda, puesto que el primero mencionaba que “el juez goza de gran libertad de apreciación en cuanto a graduar la intensidad del dolor moral y, en general, todas las circunstancias en cuanto a determinar el monto de la consiguiente reparación. Debe proceder con prudencia, teniendo en cuenta que la reparación en este orden de cosas no es sino un alivio, una satisfacción al dolor sufrido”³⁴ (León Barandiarán, 1961, p. 71); el segundo, por su parte, definía al daño moral como “un sufrimiento psíquico (...) [que] se repara o enjuga con dinero” (Castañeda, 1963, p. 312).

En la jurisprudencia nacional de la época, varias eran las sentencias que comprendían al daño moral de manera amplia, englobando supuestos de lesión a los derechos de la personalidad, así como sufrimientos de naturaleza emocional.

De acuerdo a la compilación llevada adelante por Guzmán Ferrer (1977) uno podrá apreciar que la judicatura estimó procedente “la indemnización por daño moral proveniente del delito contra el honor sexual”; así como “fundada la demanda de indemnización por daño moral ocasionado por la denuncia de comisión de supuestos delitos, por simple acto de venganza”; de la misma manera se refería que “los actos contrarios a la reputación y al buen nombre, atribuidos inexactamente a una persona por medio de periódicos, dañan el honor y menoscaban así un bien inmaterial, que es inseparable de la misma. Procede la indemnización reclamada por daño moral”; también como daño moral se consideraba que “el cierre de una cuenta bancaria, sin cumplir lo dispuesto por el artículo 580 del Código de Comercio, así como la retención indebida del saldo a favor del cliente y el rechazo de un cheque girado por el correntista por cantidad inferior al saldo del último estado de cuenta, constituyen actos ilícitos que dan lugar a la indemnización de perjuicios”; y, finalmente, que “en los casos de accidentes de tránsito, también es indemnizable el daño moral sufrido” (pp. 787-788).

De Trazegnies Granda (2016a y 2016b) también nos brinda información similar al respecto, aquí el recuento de algunos famosos casos de la época:

- [D]on Fidencio Chávez demanda a don Julio Alberto Arrieta y a doña Leonor Pacheco de Arrieta para que le paguen una indemnización por el daño moral causado

³⁴ Aunque, respecto de León Barandiarán, nuestra apreciación sobre su noción de daño moral podría ser equivocada. Esto en razón de que, en otro de sus trabajos y con el ánimo de dejar clara su postura, cita autores que no tienden a comprender únicamente a dicho daño como una lesión a los rasgos emocionales de las personas. Así, apuntaba que “el Código Civil [brasileño] –anotaba Bevilacqua– toma en consideración el daño moral cuando en el artículo 76, autoriza la acción fundada en el interés moral y cuando destaca algunos casos de satisfacción por daños a la ofensa o a la honra (artículo 1547 a 1551), sin exclusión de otros análogos, y mucho menos de aquellos en que los intereses económicos se confunden con el moral” (León Barandiarán, 1938, p. 274); y más adelante sostenía, “la doctrina ha tendido cada vez con más insistencia la consideración del daño moral; por eso los Códigos modernos y Proyectos en general lo han amparado (...). El argumento irónico de Giorgi: se debe reparación por un asno que se me roba, pero no se debe si se me roba mi honor, mi tranquilidad, mi libertad, es de una fuerza impresionante incontestable” (León Barandiarán, 1938, p. 276).

por el hijo de éstos, Edmundo Arrieta Pacheco, a la hija del demandante, Irene Chávez Velásquez, al haberla hecho “sufrir el acto sexual”, “la que resultó grávida y madre a los 14 años de edad”. El Fiscal García Arrese considera que, como el violador “tenía 17 años y se encontraba bajo la patria potestad de los demandados”, carece de fundamento la excepción de inoficiosidad de la demanda deducida por los padres y procede que éstos le paguen una indemnización a la menor. La Corte Suprema acoge este planteamiento en Resolución de 6 de abril de 1954. (De Trazegnies Granda, 2016a, p. 440)

- [D]on César Encomenderos demanda a doña Evelina Pereda viuda de Armas porque el hijo menor de edad de esta última, Domingo Armas Pereda, hizo víctima de delito contra el honor sexual a la hija del primero, la menor Zoila María Encomenderos Chang, la que sufrió daños materiales y morales. La Corte Suprema en Ejecutoria de 18 de setiembre de 1954 y de conformidad con el dictamen del Fiscal García Arrese, ordenó que doña Evelina viuda de Armas pagara la indemnización correspondiente. (De Trazegnies Granda, 2016a, p. 440-441)
- [L]os Tribunales han otorgado indemnización por daño moral cuando se había producido una difamación manifiesta. (...) [L]a Ejecutoria Suprema recaída, con fecha de 7 de julio de 1956, en el juicio seguido por don Alfonso Chávez contra don Julio F. Geldres por el hecho de que éste último lo había difamado atribuyéndole una conducta reñida moralmente con su función docente en un examen que tomó al hijo del demandante y que el joven no aprobó. La Corte Suprema le otorga una indemnización por daño moral al ingeniero Chávez considerando “que los actos contrarios a la reputación o al buen nombre, atribuidos inexactamente a una persona, dañan el honor y menoscaban así un bien inmaterial inseparable de la misma”. (De Trazegnies Granda, 2016b, p. 103)

Entonces, durante el tiempo de vigor del Código Civil de 1936, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia no tenían mayor inconveniente en entender que el daño moral operaba para reparar los perjuicios no económicos, extrapatrimoniales o inmateriales, y no únicamente las aflicciones emocionales. Por lo que a partir de este dato se muestra muy cuestionable el hecho de la inclusión de la figura del “daño a la persona” en el Código Civil de 1984 bajo el pretexto de que, “ahora sí”, se iban a ver tutelados los derechos inherentes a la persona.

1.4.2.3.3. El daño moral y el daño a la persona en el Código Civil de 1984

Cerrado el estudio del daño moral en el derogado Código Civil de 1936, corresponde ahora analizar el tercer punto, el cual se relaciona con la regulación de dicho perjuicio en el Código Civil de 1984. Como se sabe, son tres los artículos que hacen una alusión directa al daño moral en lo tocante a la responsabilidad civil³⁵ (inejecución de obligaciones y extracontractual), estos son: 1322³⁶, 1984³⁷ y 1985³⁸. En cambio, el daño a la persona solo es

³⁵ Decimos “responsabilidad civil” porque el Código Civil de 1984 presenta otras disposiciones normativas en las que hace alusión al “daño moral” y al “daño a la persona”. Aunque no está demás decir que en muchas de ellas la referencia es totalmente impertinente (el ejemplo claro se ubica en el artículo 345-A, puesto que en su contenido se puede leer la expresión “daño a la persona”, cuando la compensación económica derivada de la separación de hecho que le corresponde al cónyuge disminuido económicamente no tienen carácter resarcitorio. De ahí que no se pueda hablar de la reparación o compensación del algún tipo de daño).

³⁶ **Artículo 1322.-** El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

³⁷ **Artículo 1984.-** El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

³⁸ **Artículo 1985.-** La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

enunciado en un artículo (el 1985), que a su vez se ubica en las disposiciones atinentes a la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Este aspecto ya nos está diciendo mucho, pues la extensión que se le dé a uno y a otro determinará los daños que podrían o no ser reparados en ambos regímenes de responsabilidad civil. Por ello, teniendo como premisa básica la adecuada tutela de los derechos de los damnificados, al margen de que nos encontremos frente a un supuesto de obligación previamente contraída o casos en los que esta resulte ausente, lo aconsejable parecer dirigirse a dotar al daño moral de un contenido amplio, que comprenda, tan igual como su antecesor (Código Civil de 1936), el menoscabo a los derechos de la personalidad y la disminución de los estados de ánimo; siendo, por inmediata consecuencia, el daño a la persona una subespecie de ella, o sencillamente una especificación de los perjuicios ocasionados a la integridad física (como el daño a la salud o daño biológico de Italia).

Si se decidiese por la posición contraria, es decir, por reducir al daño moral a su versión *pretium doloris*, lo más probable es que algunos perjuicios inmateriales vertidos con ocasión de la inejecución de una obligación se vean privados de tutela. Y es que ¿cómo se podría reparar, por ejemplo, un daño al derecho al honor, a la libertad de expresión o a la intimidad, en las hipótesis de incumplimiento contractual si es que el daño moral, que se encuentra recogido en el artículo 1322 del Código Civil, sólo se refiere al malestar anímico?

A esto puede agregarse dos aspectos que se presentan determinantes para una toma de postura: la primera (ya enunciada con anterioridad) vinculada con la explicación que da Osterling Parodi, ponente del Libro de Obligaciones del Código Civil, a los márgenes del daño moral, en el sentido de reconocerlo como el perjuicio de carácter no económico, que incluso puede tener lugar en las hipótesis de lesión a los derechos de la personalidad; la segunda referida a la forma apresurada y, si cabe, imprudente, en la que se incorporó el “daño a la persona” en el artículo 1985, circunstancia que incluso fue reafirmada por el mismísimo Fernández Sessarego (1996):

Pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de julio de 1984, se celebró con fecha 3 del mismo mes en el despacho del ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max Arias Schreiber, una reunión de coordinación con los integrantes de la Comisión Revisora, con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código. A esta reunión fuimos invitados por el ministro junto con algunos otros pocos miembros de la Comisión Reformadora.

Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 -es decir, veintiún días antes de la promulgación del Código- que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz daño moral. Era peligroso insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del daño a la persona (pp. 63-64) (el resaltado es nuestro).

Este es el dato que explica la ausencia de armonía entre las disposiciones que regulan la reparación de los daños inmateriales en el campo de la inejecución de obligaciones y en el extracontractual.

Por lo tanto, y tratando de dejar ya sentada nuestra posición al respecto, si en el Perú no se llegó a vivir un problema semejante al italiano en lo concerniente al resarcimiento de los daños no patrimoniales; si en el Perú, durante la vigencia del Código Civil de 1936, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria entendían al daño moral como un perjuicio de corte no pecuniario y no únicamente como un caso de aminoración sentimental; y si la

incorporación del “daño a la persona” en el Código Civil de 1984 se dio por la puerta falsa, es decir, sin la imprescindible evaluación y discusión respecto de sus alcances y objetivos a cumplir en la realidad social, ¿cómo es que se pretende de hacer de aquella figura una de alcance general y absorbente del daño moral?

Son todas estas razones las que nos llevan a discrepar con Fernández Sessarego y de todos aquellos que de alguna forma van de acuerdo con su directriz (daño moral = *pretium doloris*). Así, preferimos la noción de daño moral que en su momento estructuraron De Trazegnies Granda, Osterling Parodi, León Hilario y Morales Hervias. Por ende, el daño moral para nosotros representa el perjuicio que aqueja a la víctima en su esfera personal y que no tiene repercusión económica. Como dice Chappuis (2013), aunque empleando una expresión lata pero a la vez conduntente, el daño moral viene a ser la “disminución del bienestar (...), idea que no se puede relacionar con los valores de carácter patrimonial” (p. 13). Así, este daño incluiría a la lesión de los derechos de la personalidad, tales como la intimidad, la imagen, el honor, etc., así como también el dolor y sufrimiento emocional.

Advertimos que el concepto esbozado en el párrafo anterior goza de un gran respaldo en la doctrina comparada. Kötz y Patti (2017) señalan que el daño moral o inmaterial “puede consistir en una ‘pérdida’ debido al dolor físico, una discapacidad permanente, un trauma mental o una disminución de la reputación social” (p. 443). Cahali (2005) por su parte opina que el daño moral es considerado como:

(...) todo aquello que moleste gravemente el alma humana, atentando contra los valores fundamentales inherentes a su personalidad o reconocidos por la sociedad en la cual se encuentra integrado, evidenciado en el dolor, la angustia, el sufrimiento, la tristeza por la pérdida de un ser querido fallecido, en el desprestigio, en la humillación pública, en la invasión a la privacidad, en el desequilibrio de la normalidad psíquica, el trauma emocional, en la depresión o desgaste psicológico, etc. (pp. 22-23).

El que las lesiones a los derechos de la personalidad no queden excluidas del alcance del daño moral, y que, por el contrario, la noción de esta no se encuentre limitada únicamente al área del perjuicio emocional, tiene como uno de sus principales defensores a Schreiber (2013), quien enfáticamente ha expresado:

[E]l daño moral consiste justamente en la lesión a un atributo de la personalidad humana. Así, la lesión a cualquiera de los derechos de la personalidad, sean expresamente reconocidos o no por el Código Civil, configura daño moral.

La conceptualización del daño moral como lesión a la personalidad humana se opone a otro entendimiento bastante difundido en la doctrina y la jurisprudencia brasileña, según el cual el daño moral consistiría en el “dolor, vejación, sufrimiento o humillación”. Tal entendimiento, frecuente en nuestra cortes, tiene la flagrante desventaja de dejar la configuración del daño moral a las emociones subjetivas de la víctima (...).

[L]a definición de daño moral no puede depender del sufrimiento, dolor o de cualquier otro impacto sentimental de la víctima, cuya medición efectiva, además de ser moralmente cuestionable, es fatalmente imposible. La definición de daño moral como daño al atributo de la personalidad tiene la extrema ventaja de centrarse en el objeto afectado (el interés lesionado), y no en las consecuencias emocionales subjetivas y eventuales de la lesión (pp. 16-17).

Finalmente, debido a la postura adoptada, por inmediata consecuencia, el daño a la persona se entendería (al menos en el campo extracontractual que es donde se encuentra previsto)

como una precisión del daño moral cuando éste recaiga en la integridad psicofísica de las personas.

1.5. Conclusiones del Capítulo I

1.5.1. La responsabilidad civil, tanto la que proviene por la inejecución de una obligación como aquella que surge del quebrantamiento del *neminem laedere*, requiere de un daño para su operatividad, es decir, el daño se presenta como el motor que permite la puesta en marcha de la tutela resarcitoria, la misma que tendrá como principal objetivo el traslado del peso económico del perjuicio de la esfera jurídica de la víctima (acreedor) a la esfera jurídica del ofensor (deudor).

1.5.2. La legislación nacional, con el desarrollo que le ha brindado la jurisprudencia y la doctrina, ha entendido que dentro de los denominados daños materiales se ubican sin mayores inconvenientes al “daño emergente” y al “lucro cesante”. Sin embargo, esta claridad no se observa respecto de los daños inmateriales, pues en el Código Civil vigente se han esbozado dos voces que hasta el día de hoy generan discusiones sobre su definición y alcance, nos referimos al “daño moral” y al “daño a la persona”.

1.5.3. A pesar de la disputa que a nivel doctrinario y jurisprudencial se ha dado sobre el concepto del “daño moral” a propósito de los artículos 1322, 1984 y 1985 del Código Civil, a la vista de los antecedentes legislativos y de los modelos jurídicos foráneos empleados para la construcción normativa del ordenamiento jurídico peruano, dicho perjuicio no se puede ver reducido al denominado “daño moral subjetivo” o *pretium doloris*, sino que, por el contrario, debe abarcar todo menoscabo a un interés jurídico de relevancia que arroje consecuencias no valuables en términos económicos, dentro de los que se puede ubicar, esencialmente, el malestar anímico, el atentado contra la integridad física y psicológica (daño a la persona) y la vulneración a los derechos de la personalidad.

CAPÍTULO II: EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES: ESTUDIO COMPARADO

2.1. Premisa

El Código Civil peruano de 1984 debe ser uno de los pocos cuerpos normativos en los que se establece un reconocimiento expreso sobre la posibilidad de resarcir los daños morales derivados de la inejecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa, de las prestaciones involucradas al interior de una relación obligatoria (artículo 1322). Por el contrario, la mayoría de ordenamientos jurídicos pertenecientes también a la tradición codificadora (*civil law*), no contienen un dispositivo legal parecido al nuestro, sin embargo, ello no ha detenido a sus magistrados a entregar montos dinerarios bajo el estatuto de la “responsabilidad contractual”³⁹ cuando apreciaban que un acreedor había sufrido perjuicios distintos a los materiales por el incumplimiento de una obligación previamente asumida.

Dicha circunstancia nos obliga a indagar y conocer los caminos recorridos por la jurisprudencia y la doctrina de algunos países europeos y sudamericanos al momento de afianzar la idea de que el daño moral es posible de ocasionarse y, por lo tanto, resarcirse, en las hipótesis de inejecución de obligaciones.

Aunque nuestro propósito es centrarnos en los ordenamientos pertenecientes a la familia del *civil law*, al final haremos unos pequeños apuntes sobre la viabilidad o no del “daño moral contractual” en algunos cuerpos armonizadores de Derecho Privado y en el *common law*.

2.2. Sistemas jurídicos del *civil law*

En adelante desplegaremos el desarrollo producido en los ordenamientos jurídicos europeos y sudamericanos que son afines al nuestro sobre la reparación de daños inmateriales en el contexto del incumplimiento de una obligación. El hecho de iniciar con los países de Europa continental se explica por el hecho de que la codificación sudamericana se ha sustentado en aquellos.

2.2.1. Derecho europeo

Los ordenamientos jurídicos de Francia, Italia y España serán los que se analizarán a continuación. Básicamente la toma del desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario sobre ellos se sostiene en el hecho de que nuestro vigente Código Civil tiene una influencia marcada de los que se dieron en dichos países.

2.2.1.1. Derecho francés

Las ideas que influenciaron la codificación francesa de 1804 eran principalmente partidarias de que las reglas destinadas a reprender al deudor por la inejecución de sus obligaciones tenían que ser de exclusiva connotación patrimonial, entendido este como un conglomerado de bienes materiales. No se pensaba en ese instante que el incumplimiento de un contrato podría acarrear consecuencias peyorativas ausentes de contenido económico.

³⁹ Cuando decimos “responsabilidad contractual” nos estamos refiriendo a la “responsabilidad por inejecución de obligaciones”. Esta precisión la hacemos puesto que este tipo de responsabilidad deriva del incumplimiento de cualquier obligación, al margen de si proviene o no de un contrato.

Los redactores del Código Civil francés se mostraron reacios a la idea de conceder resarcimientos por daños que no fuesen materiales o patrimoniales ante la falta del deudor en el cumplimiento de su obligación. Esto se debía al pensamiento de Domat y Pothier, quienes creían que la negada posibilidad de compensar perjuicios morales en el campo de la inejecución de un contrato se ajustaba perfectamente a las premisas del Derecho Romano. Sin embargo, la doctrina informa que el Derecho Francés antiguo se alineó a la tradición romana de manera incompleta e incorrecta, pues se hicieron distinciones que en el Derecho Romano no tuvieron cabida, como aquella entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual, que es la que posteriormente sirvió para sostener que solo en la segunda procedía el resarcimiento del daño moral, mas no en la primera (Mazeaud y Tunc citados por Rodríguez Guitián, 2007, p. 244).

En el Código Civil francés de 1804, las reglas sobre responsabilidad contractual tenían como disposición clave al artículo 1147, el cual prescribía: “El deudor será condenado, si procede, al pago de daños y perjuicios, ya sea como consecuencia del incumplimiento de la obligación o del retraso en el cumplimiento, siempre que no justifique que el incumplimiento proviene de una causa extraña que no puede serle imputada, aunque no haya habido mala fe por su parte”.

Es de observarse que para nada se señalan las clases de perjuicios que pueden ser materia de resarcimiento; empero, el artículo 1149 sí hace alusión a los daños materia de reparación; el texto va de la siguiente manera: “Los daños y perjuicios debidos al acreedor comprenden, en general, la pérdida que haya sufrido y la ganancia de la que haya sido privado, salvo las siguientes excepciones y modificaciones”. No debería ser difícil comprender que la expresión “pérdida que haya sufrido” se refiere al daño emergente y la “ganancia de la que haya sido privado” al lucro cesante, pues, como indicamos, las fuentes de inspiración de este Código negaban la posibilidad de que se produzca y compense el menoscabo inmaterial en la inejecución de obligaciones.

Lo cierto es que, al margen de las disposiciones normativas del Código Civil francés, hoy la doctrina y la jurisprudencia francesa admiten el resarcimiento del daño moral en la responsabilidad contractual. En efecto, a pesar de la terminología que se emplea en el artículo 1149, “está bien sentado en Francia, aunque tras vacilaciones iniciales, que la pérdida no pecuniaria (*dommage moral*) ocasionada por el incumplimiento del contrato puede dar lugar a una compensación” (Rowan, 2012, p. 125). En un estudio comparado relativo a los daños provenientes de la responsabilidad contractual se llegó a precisar lo siguiente:

Si cabe la generalización, se puede decir que, si bien no se suele negar la posibilidad de resarcimiento de los daños no materiales resultantes de un hecho ilícito, rara vez se reconocen los perjuicios morales ante la inejecución del contrato. (...) Así, cuando se trata de daños morales contractuales, las legislaciones nacionales difieren hasta tal punto que incluso la clasificación básica de los sistemas, de acuerdo con sus características (más o menos) similares, parece una tarea imposible.

El último intento comparativo de clasificar los ordenamientos jurídicos europeos apunta hacia tres categorías principales: i) regímenes liberales (Francia, España, Italia, Bulgaria, Grecia y Portugal); ii) regímenes moderados (Países Bajos y Reino Unido); y, iii) regímenes conservadores (Alemania, Polonia, Suecia y Austria). Los regímenes liberales suelen caracterizarse por la fórmula legislativa permisiva, que acepta una interpretación amplia en consonancia con las disposiciones generales de contratos y de responsabilidad aquiliana. (...) **A diferencia de la situación que puede observarse en el denominado régimen conservador (en los que casi siempre se niega la posibilidad de recuperación de los daños morales), las leyes nacionales de los países que pertenecen al régimen liberal no hacen que los perjuicios inmateriales por incumplimiento del contrato dependan**

de la infracción de una lista *a priori* limitada y predeterminada de intereses no económicos y/o de tipo contractual (Tepeš, 2016, pp. 679-680) (el resaltado es nuestro).

Como también refiere Georgijevic (2011) para el caso francés: “El daño reparable en caso de incumplimiento de una obligación contractual no es sólo material –la imposibilidad de ejercer una actividad económica debido al incumplimiento de la obligación, por ejemplo- sino también inmaterial –el sufrimiento moral causado por el incumplimiento del contrato” (p. 198).

Uno de los casos más representativos sobre esta materia involucra a Rosa Bonheur, que data del año 1865, en la que la célebre artista, por incumplir su obligación contractual consistente en la elaboración y entrega de un cuadro a uno de sus clientes, fue condenada por el Tribunal de Apelación de París a pagar la suma de 4,000.00 francos por los daños materiales y morales que propició (París, 04 de julio de 1865, Sentencia 1865-2-201) (Palmer, 2016, p. 239).

Por otro lado, se suele alegar, a propósito del resarcimiento de los daños no pecuniarios, que esto es posible por la presencia en el ordenamiento jurídico francés de la máxima de la “reparación integral”. Sería este principio el que exigiría que, ante cualquier pérdida que devenga del incumplimiento contractual (material o moral), se proceda a ordenar la reparación. Así, el prisma de la reparación integral abre el resarcimiento de los daños morales, más aún cuando el objeto del contrato consiste en la obtención de una ventaja no económica. Por ejemplo, la condena a un operador turístico por el malestar psíquico sufrido por sus clientes como consecuencia de la mala organización de sus vacaciones (Rowan, 2012, p. 125), o “la reparación del daño moral que sufre una familia a causa del error de la empresa de servicios funerarios que, al inhumar al pariente fallecido, se equivocó de difunto”, o el resarcimiento por el “daño consistente en la pérdida de confort y disfrute de un pasajero que había contratado un billete de avión de clase ‘business’ y que, debido a una sobre-venta de billetes, tuvo que viajar en clase turista” (Solé Feliu, 2009, pp. 17-18).

El avance de la compensación por daño moral en el ámbito de las relaciones contractuales tuvo un gran apogeo en los accidentes ferroviarios. Como explica Palmer (2016): “Un desarrollo mucho más potente provino del gran volumen de accidentes en los ferrocarriles, de los cuales las compañías fueron responsabilizadas y condenadas, en virtud de los contratos de transporte, a indemnizar los daños corporales, así como el sufrimiento de los pasajeros y sus familias” (p. 239). De hecho, Albert Wahl, en su famoso curso de Derecho Comercial en la Sorbona (1923), argumentaba que la responsabilidad del transportista ferroviario, en virtud de los contratos de transporte, conducía al reconocimiento, en materia de responsabilidad contractual, a los daños morales. En efecto, “[s]egún el profesor Wahl, habría sido chocante para la conciencia jurídica considerar que un transportista de mercancías y pasajeros estuviera contractualmente obligado a indemnizar cualquier daño causado a la mercancía, pero no estuviera obligado a indemnizar el daño moral causado por la muerte del pasajero” (Palmer, 2016, p. 240).

El tema del transporte de personas también tiene un caso célebre respecto de nuestra materia, aunque cierto es que más se lo conoce por la instauración de las denominadas “obligaciones de seguridad”. Nos referimos al conflicto “*Zbidi, Hamida Ben Mahmoud contra Cia. Gral. Transatlantique*”, resuelto por la Corte de Casación francesa el 21 de noviembre de 1911, en la que se dispuso que los transportistas se obligaban a movilizar en un estado de indemnidad a sus pasajeros de un lugar a otro, por lo que, era posible el reclamo, por la vía de la responsabilidad contractual, la reparación de los daños morales que se hayan podido ocasionar. Aquí una breve reseña de lo que ocurrió:

La obligación de seguridad (...) fue descubierta por la Corte de Casación, en 1911, con ocasión de un viaje marítimo Túnez-Argelia, a bordo de un crucero de la *Compagnie Maritime*

Transatlantique. Al respecto, el señor Sbidi Hamida ben Mahmoud había comprado un billete para transportarse entre Túnez y Bona (hoy Annaba) y, durante el trayecto, fue gravemente herido en el pie por la caída de un barril mal colocado. La víctima demanda daños y perjuicios ante el Tribunal de Comercio de Bona, la compañía marítima contesta que la cláusula once del contrato deriva la competencia judicial al Tribunal de Marsella.

La Corte de Argel falla erróneamente en contra de la compañía naviera con el pretexto de que el contrato no es aplicable a una lesión corporal sufrida por un pasajero, ya que el transportista no asume, a título contractual, ninguna obligación de esta naturaleza; y, dado que la cuestión se ubica en el plano cuasi-delictual, la cláusula de competencia inserta en el contrato no tiene asidero alguno.

Al casar esta decisión y desestimar el análisis formulado, la Corte de Casación estimó, por primera vez, que “la ejecución del contrato de transporte implica, para el transportista, la obligación de conducir al viajero sano y salvo a su destino”, por consiguiente, la Corte de Apelación se negó, equivocadamente, a dar valor a la cláusula de competencia (Vialard, 2003, pp. 129-130)

Para dictar este pronunciamiento, los magistrados de la Corte de Casación entendían que esa obligación de seguridad respecto de la integridad física del pasajero podía desembocar en perjuicios inmateriales susceptibles de compensación económica bajo las disposiciones de la responsabilidad contractual.

En este ordenamiento jurídico también se resarcen daños morales provenientes de los contratos de trabajo, como los actos de despido contra un empleado de forma humillante y vejatoria, es decir, un acto que, lejos de simplemente poner fin a la relación laboral, genera un menoscabo a distintos derechos personales del trabajador (Rowan, 2012, p. 125). Así, “[e]n el contexto de un contrato de trabajo, los tribunales franceses admiten la indemnización del daño moral sufrido por trabajadores como consecuencia de los insultos y malos tratos recibidos por parte del empleador, o por el hecho de haber sido despedidos en condiciones humillantes” (Solé Feliu, 2009: 18).

De hecho, la Corte de Casación francesa, en la sentencia del 04 de diciembre de 2013, apuntó que “el empleador está obligado a reparar mediante el pago de daños el perjuicio moral que resulte para un empleado de un despido producido en condiciones bruscas y vejatorias” (Serrano Ruiz, 2016, p. 62).

Lastimosamente, en muchas circunstancias se ha abusado del recurso del daño moral en la inejecución de obligaciones para otorgar resarcimientos muy desconcertantes, como el que se brindó en la sentencia expedida por el Tribunal de Apelación de Rennes a favor de un empleado despedido “injustamente”, siendo el daño moral representado por “la inadecuada primera experiencia profesional” (Rennes, 8 de setiembre de 2005, Sentencia N° 2005-280803) (Rowan, 2012, p. 125).

Ello mereció la reflexión de voces autorizadas dentro de la doctrina francesa, quienes se expresaron en el sentido de que no se debe aprovechar indebidamente de las facilidades que el sistema brinda para que así se ampare cualquier tipo de reclamo resarcitorio⁴⁰. Por eso es que en este campo se ha resaltado la procedencia de la regla de previsibilidad *ex* artículo 1150 del Código Civil francés: “El deudor sólo está obligado a indemnizar los daños y perjuicios

⁴⁰ Serrano Ruiz (2016) da cuenta del pensamiento de Viney en el sentido de no enaltecer el denominado “principio de reparación integral” en la responsabilidad contractual y extracontractual: “[E]s sobre todo la evidencia de las dificultades encontradas por la jurisprudencia en la aplicación de este principio de reparación integral a los daños corporales y morales que permite poner en duda su valor universal. Ciertamente, la idea de conceder un resarcimiento lo más adecuado posible a los perjuicios sufridos parece tan sensata como generosa, pero en realidad es demasiado vago para permitir por sí solo traducir en una suma de dinero equivalente a la compensación de los daños extrapatrimoniales” (pp. 59-60).

que se hayan previsto o podido prever en el momento del contrato, siempre que, en el incumplimiento, no haya habido dolo por su parte” (Solé Feliu, 2009, p. 15).

Si bien toda la descripción de este apartado la hemos realizado bajo las normas clásicas del Código Civil francés, esto no cambia para nada por la *Ordonnance* N° 2016-131 que reformó el campo de las obligaciones del mencionado Código en el año 2016. Lo único que ha sido alterado es la enumeración de los dispositivos legales⁴¹, más no su contenido, por lo que, luego de la reforma, la premisa de que el daño moral es resarcible en la inexecución de obligaciones se ha visto intacta

2.2.1.2. Derecho italiano

En el Código Civil italiano de 1942, el régimen de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones inicia con el artículo 1218, el cual apunta que “el deudor que no realiza exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño, a menos que pruebe que el incumplimiento o el retraso han sido determinados por imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable”. Así, se menciona que en el Derecho Civil italiano este tipo de responsabilidad es de corte objetivo, dado que prescinde de la culpa para imponer en cabeza del deudor la reparación de los daños a favor del acreedor por la omisión en la ejecución de la prestación debida.

El hecho de que la responsabilidad por incumplimiento sea objetiva se debe esencialmente al pensamiento propagado por Osti, pues consideraba que el deudor debía responder siempre que no ejecute su prestación, a menos que esta se haya tornado imposible por una causa que no le sea imputable. Visintini (2002), resumiendo las lecciones de Osti, manifestaba:

Mientras la prestación sea posible en sentido objetivo, el deudor es responsable por el solo hecho del incumplimiento; en cambio, cuando la prestación deviene imposible, el deudor no es responsable si no es posible imputarle la imposibilidad sobrevenida. (...) En conclusión, los presupuestos de la extinción de la obligación, y por ende, de la exoneración de responsabilidad, son: a) la imposibilidad sobrevenida; y, b) la causa no imputable de la imposibilidad⁴² (p. 43).

Por lo tanto, la lectura que se desprende del propio artículo 1218 del Código Civil italiano es que la responsabilidad del deudor no acontecerá si su incumplimiento se debe a una circunstancia que lo vuelve imposible, a menos que el origen de dicha circunstancia le sea imputable. Como anotan Torrente y Schlesinger (2019): “si el incumplimiento se genera por la ‘imposibilidad de la prestación’ derivada de una causa no imputable al deudor, la obligación se extingue y el deudor no se encuentra ya en el deber de cumplir, de ocurrir lo contrario el incumplimiento obligaría al deudor a pagar un resarcimiento por el daño ocasionado a su acreedor”⁴³ (pp. 443-444).

⁴¹ La norma que se encontraba en el artículo 1147 ha pasado ahora al artículo 1231-1. Por su parte, la norma del artículo 1149 pasó al artículo 1231-2. Finalmente, en el caso de la norma consignada en el artículo 1150, esta se trasladó al artículo 1231-3.

⁴² Las ideas de Osti también se pueden encontrar en un interesante trabajo desarrollado por Fernández Cruz (2005) criticando los alcances del sistema de responsabilidad por inexecución de obligaciones previsto en el vigente Código Civil peruano (pp. 147-149).

⁴³ Sin embargo, en Italia siempre ha existido una discusión sobre el fundamento de la responsabilidad contractual. Así, autores como Giorgianni y Bianca son de la opinión de que no es la imposibilidad, y sí la ausencia de culpa, la que evita el surgimiento del deber de resarcimiento por el incumplimiento de la obligación a cargo del deudor.

Bajo la interpretación de Giorgianni (1975), el artículo 1218 del Código Civil no representa la norma general de la responsabilidad por incumplimiento, puesto que regula exclusivamente la hipótesis en la cual la prestación se ha vuelto imposible, además de limitar en tales casos el deber del deudor de evitar los impedimentos de la ejecución de la prestación al carácter normal de diligencia. A partir de ello, la consecuencia obvia por la cual, mientras la prestación se revela en concreto posible, el deudor incumplido no podría ser considerado como responsable. En tales hipótesis, la regla a la que se

Ahora bien, en el Código Civil italiano se establece que la lesión al crédito ocasiona daños patrimoniales. En efecto, el artículo 1223 prescribe que “el resarcimiento del daño por incumplimiento o por el retraso deben comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor, así como la ganancia no conseguida por este, siempre que sean consecuencia inmediata y directa de aquellos”. Entonces, desde un plano estrictamente legislativo, podría afirmarse que el incumplimiento desembocaría una reparación solo del daño emergente y del lucro cesante, siendo descartado, por consiguiente, el resarcimiento de perjuicios no patrimoniales. Y es que, como ya tuvimos oportunidad de puntualizar en el primer capítulo, el daño no patrimonial se encuentra recogido en el artículo 2059, disposición normativa que se ubica dentro del título denominado “de los hechos ilícitos”, es decir, dentro del estatuto que regula la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Por tal razón, un sector de la doctrina se animaba a informar que “[e]n el sistema jurisprudencial italiano (...) es prácticamente inexistente el reconocimiento del resarcimiento de un daño moral vinculado con el incumplimiento contractual” (Visintini, 2002, p. 120). Del mismo parecer se mostraba Scognamiglio (1962), pues si bien consideraba que era cuestionable el hecho de negar el resarcimiento de los perjuicios inmateriales solo bajo el argumento de que la prestación subyacente en la obligación es de carácter exclusivamente patrimonial, postulaba que el incumplimiento no resultaba capaz de ocasionar daños morales, dado que estos se reducen solo a “los dolores, padecimientos, etc. que se siguen de una lesión a los bienes de la personalidad, que no son susceptibles de configuración como objeto de obligación en sentido propio” (pp. 64-65). Es más, proponiendo un caso de siniestro vehicular contratado (transporte público) en el que se hubiesen producido perjuicios morales, lo adecuado -según el autor- era redirigir la pretensión a las reglas de la responsabilidad extracontractual, y no emplear las disposiciones del incumplimiento de obligaciones:

El daño moral, innegable en la hipótesis [(accidente en el transporte público)], no se refiere de manera inmediata a la falta de ejecución de la prestación, sino a la hipótesis independiente, aunque conectada y además coincidente con él: el infortunio ocurrido. Sobre el plano de la responsabilidad el fenómeno complejo se traduce en nítidos términos de concurso de culpa contractual y aquiliana; y el daño moral, en la alternativa va atribuido siempre a esta última, para coincidir de nuevo con el daño extracontractual (Scognamiglio, 1962, p. 66)

debe hacer alusión para determinar cualquier responsabilidad volvería a encontrarse representada por la diligencia debida, que variaría proporcionalmente según el tipo de relación (p. 290).

Por tal razón, en el pensamiento de Giorgianni, sólo en las obligaciones que tienen por objeto un dar, restituir o transferir una cosa cierta y determinada, el deudor está obligado, ante todo, a evitar la pérdida de la cosa, de modo que la norma del artículo 1218 puede bien cubrir toda el área de responsabilidad con referencia a la actividad principal del obligado. Ahora, en los demás tipos de relaciones, lo esencial es identificar una regla de conducta que informe toda la actividad del deudor a fin de regular las hipótesis de incumplimiento cuando la prestación aún sea posible. Por ende, la responsabilidad del deudor se basaría, “salvo específicas excepciones, en la violación de una regla de conducta que imponga cierto grado de esfuerzo o ‘diligencia’”.

A su turno, Bianca (citado por Visintini, 2006) anotaba que “[e]n nuestro actual ordenamiento, la práctica común, relevante a través de la jurisprudencia, muestra precisamente la conexión íntima entre los límites de la responsabilidad del deudor y los límites del esfuerzo diligente comprometido. La base de esta regla probablemente es, de un lado, la tradición inveterada de que la responsabilidad en las obligaciones de hacer y en las de dar una cosa cierta y determinada, siempre han requerido de un juicio de culpabilidad. Por otro lado, respecto de las obligaciones de dar cosas genéricas, el aumento progresivo del poder económico de las empresas industriales ha permitido la imposición de la idea según la cual el compromiso de producción con el cliente no incluye aquellos riesgos de empresa que, incluso si resultan ser previsible como la huelga, no llegan a ser superables sin un uso exacerbado de medios materiales y pecuniarios” (p. 142).

Otro aspecto que empleaba Bianca para otorgar relevancia a la culpa al interior de la responsabilidad por incumplimiento yacía en el discurso de la doble función que cumpliría el criterio de diligencia: primero, como rasgo general de la responsabilidad del deudor, y, en conjunto, como criterio para determinar la extensión de la prestación. En una y otra función, Bianca consideraba que la diligencia se encontraba implícita en todo comportamiento que desplegaba el deudor, el cual comprendía no sólo la ejecución de la prestación, sino también la actividad preparatoria. Es decir, según Bianca, incluso las acciones realizadas por el deudor para ponerse en condiciones de cumplir forman parte del contenido de la prestación y, por lo tanto, puede estar sujeta a un juicio de cumplimiento negligente (Visintini, 2006, p. 142).

Es así que también se comienza a hablar en Italia de la famosa regla del “concurso”, esto es, cuando un mismo acontecimiento apertura los dos regímenes de responsabilidad civil (contractual y extracontractual), quedando en potestad del damnificado decidir cuál de las dos normativas utilizará dentro del juicio resarcitorio⁴⁴. Dicho de otro modo, la “conurrencia” de la responsabilidad por incumplimiento y por hecho ilícito hace que la parte perjudicada esté autorizada para elegir cualquiera de los dos esquemas resarcitorios al momento de ejercer su acción (de acuerdo con el aforismo *electa una via, non datur recursus ad alteram*) (Anzani, 2018, p. 279).

Por otro lado, tampoco han faltado facciones de la doctrina italiana que, a pesar de los varios conflictos interpretativos que se han visto obligados a sondear por las particularidades de la regulación del daño extrapatrimonial en su Código Civil, no ven con malos ojos que estos tipos de perjuicios sí sean compensados bajo los patrones de la responsabilidad por incumplimiento. Dentro de este grupo se puede ubicar a Corsaro (2002), quien claramente nos dice:

Cuando alguien es obligado, por ley o por contrato, a cumplir una obligación de naturaleza legal o negocial (...), la responsabilidad que surge a cargo suyo, por el incumplimiento, es siempre de naturaleza contractual, incluso si la lesión tiene que ver con un bien distinto al comprometido en la obligación. En efecto, si es verdad que el cumplimiento de una obligación pone siempre en juego la integridad del acreedor (...), y si es verdad que el incumplimiento de la específica obligación puede comportar, a veces, además de la lesión al interés específicamente comprometido en la obligación, también una lesión directa a la integridad del acreedor, se deduce, entonces, que la lesión al derecho a la integridad del acreedor, ocasionada por el incumplimiento de la obligación, siempre dará lugar a la responsabilidad por incumplimiento de la obligación (p. 152).

La problemática sobre la admisión del resarcimiento del daño no patrimonial de acuerdo a los cánones de la responsabilidad contractual ha tenido también su reflejo en la jurisprudencia. En un conocido fallo de Casación de la *Sezione Unite (Sezione Unite Civili*, del 12 marzo de 2001, N° 99), respecto de un caso que involucraba la ocurrencia de un perjuicio a la integridad física de un empleado público, se precisó que “la acción de responsabilidad extracontractual debe considerarse propuesta siempre que no surja una elección precisa de la parte perjudicada a favor de la reglamentación contractual”. Aunque en este caso la tutela resarcitoria recorrió el camino aquiliano, lo cierto es que indirectamente se posibilitaba el uso de la responsabilidad por incumplimiento para salvaguardar el menoscabo acaecido en la integridad somática del trabajador.

Sin embargo, no dejaremos de mencionar que la motivación principal de dicho pronunciamiento, esto es, de facultar a los agraviados la elección del régimen resarcitorio en este tipo de supuestos, encontró su justificación en el hecho de establecer si la jurisdicción pertenecía al juez ordinario o al juez administrativo, ya que fue a este último a quien se le asignaron las disputas contractuales en materia de empleo público. De acuerdo con Anzani (2018), el resultado fue un trato desigual, pues en el caso que ocurriese un daño dentro de una relación laboral privada, el trabajador podía recurrir a las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual ante el juez ordinario, mientras que en el caso de empleados públicos, estos podían emplear el estatuto contractual para acudir al juez administrativo, y el estatuto extracontractual para la vía ordinaria, sin poder beneficiarse así del denominado “concurso de acciones” (p. 280).

⁴⁴ No debe confundirse al “concurso” con el “cúmulo” de responsabilidades. Frenda (2013) anota que “mientras el concurso ofrece al perjudicado la facultad de optar, alternativamente, por la normativa que le es más favorable, el cúmulo consiste, por el contrario, en la posibilidad de sumar ventajas dadas por las dos disciplinas de responsabilidad (...)” (p. 19).

Pues bien, un importante eslabón dentro del desarrollo del daño extrapatrimonial en la responsabilidad por incumplimiento se ubica en la Casación de la *Sezioni Unite* del 11 de noviembre de 2008, N° 26972⁴⁵. Aquí se dijo que la inexecución de una obligación contractual puede ocasionar daños no patrimoniales, que se verán resarcidos en los casos expresamente previstos en la ley o cuando el incumplimiento haya provocado una lesión grave a un derecho de la persona resguardado por la Constitución. En tal sentido, consolidada la idea de que la interpretación constitucionalmente orientada del artículo 2059 del Código Civil reconoce la tutela resarcitoria de los derechos inviolables de la persona, cabía sostener la compensación de los perjuicios extrapatrimoniales cualquiera sea la fuente de la responsabilidad, es decir, contractual o extracontractual, sin que ello importe la necesidad de recurrir al expediente del “concurso” (Grasso, 2010, p. 7):

Del principio del necesario reconocimiento, para los derechos inviolables de la persona, de la protección mínima constituida por el resarcimiento, se desprende que la vulneración de los derechos inviolables que haya provocado un daño no patrimonial implica la obligación de resarcir dicho daño, cualquiera que sea la fuente de la responsabilidad (Casación de la *Sezioni Unite* del 11 de noviembre de 2008, N° 26972 citada por Anzani, 2011, p. 405).

No obstante, la reparación de los perjuicios no económicos por la vía contractual debe respetar las reglas que el legislador ha consignado para este estatuto resarcitorio:

[M]ientras en caso de responsabilidad extracontractual la lesión de los derechos inviolables es siempre resarcible, en caso de daños contractuales la Corte señala dos presupuestos.

En primer lugar, la individualización de los intereses de carácter no patrimonial “debe realizarse asegurando la causa concreta del negocio, que se entiende como la síntesis de los intereses reales que el propio contrato está dirigido a alcanzar, más allá del modelo, también típico, usado; síntesis, por lo tanto, que viene a ser la razón concreta de la dinámica contractual”.

Además, dado que en la responsabilidad contractual el resarcimiento se rige por las normas dictadas para su materia, que deben ser leídas en un sentido constitucionalmente orientado, el perjuicio será resarcido si resulta previsible de acuerdo al artículo 1225 del Código Civil en el tiempo en el que nació la obligación, salvo en caso de dolo del deudor. (Grasso, 2010, p. 8)

Por otro lado, hoy en día la discusión sobre la resarcibilidad de perjuicios extrapatrimoniales en relaciones contractuales no tiene mayor fortuna en el campo del Derecho del trabajo. La jurisprudencia es prácticamente uniforme cuando se trata de emplear las reglas de la responsabilidad por incumplimiento cuando acaecen daños no patrimoniales dentro de los vínculos laborales.

A propósito, en la Casación N° 2292/2005 se señaló que “la acción del trabajador destinada a obtener el resarcimiento del daño [patrimonial o extrapatrimonial] derivado del incumplimiento de una obligación impuesta por la ley sobre el empleador es de naturaleza contractual, regulada por los artículos 1218 y siguientes del Código Civil”. Esta posición se sostiene sobre la base del artículo 2087 del Código Civil italiano, el cual prescribe que “el empresario debe adoptar las medidas que, de acuerdo con las particularidades del trabajo, la

⁴⁵ Aunque también se han formulado críticas respecto de la admisibilidad del daño no patrimonial en el área del incumplimiento de obligaciones: “Aquí, en mi opinión, estamos ante una mala movilidad de las fronteras de la responsabilidad contractual, en el sentido de que un uso trivial del argumento constitucional, combinado con un desconocimiento total de los caminos de una adecuada mediación dogmática (de la que, a la inversa, ofrece un ejemplo feliz el caso de las obligaciones de protección), apuntan a un resultado práctico absurdo, que es doblar el daño por incumplimiento, combinando la frustración del interés en el cumplimiento con el perjuicio moral, psicológico, existencial que sufre el acreedor por no haber obtenido del deudor lo que este le debía” (Nivarra, 2016, pp. 13-14).

experiencia y la técnica, son necesarias para proteger la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores”.

Lo anterior motivó a que en otro fallo se dictaminase que “el artículo 2087 del Código Civil (...), al insertar en la relación laboral intereses no susceptibles de valoración económica, significa, en el caso de que su incumplimiento provocara lesiones en el trabajador, que se imponga al empleador el deber de resarcir los daños” (Casación N° 26972/2008). Por eso con razón se ha dicho que “la fuente de la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de la obligación de protección del trabajador subordinado se halla en el propio contrato, independientemente de la existencia constante del deber genérico *neminem laedere* que se desprende del artículo 2043 del Código Civil” (Crisostomo, 2010, p. 84).

Ahora, en el campo de las prestaciones médicas, anteriormente, el resarcimiento de los daños no había generado mayores inconvenientes bajo el reglamento contractual⁴⁶. Esto se había producido desde el reconocimiento obligacional de la relación que se generaba entre el médico (o estructura sanitaria) y el paciente. Una sentencia que podría ayudarnos a graficar lo mencionado es la que se dictó en la Casación N° 11440/1997:

Bajo el perfil sistemático del Código Civil, las normas de diligencia (artículo 1176) se proporcionan para todo tipo de obligaciones y no autorizan la identificación de asuntos diferenciados, por lo que el concepto de culpa es unitario.

Doctrina y jurisprudencia tienden a sostener que este concepto es el previsto por el artículo 1176 del Código Civil, que exige evaluar la culpa teniendo en consideración la naturaleza de la actividad realizada.

Por lo tanto, la responsabilidad del médico por los daños causados al paciente postula la violación de los deberes inherentes a su actividad, incluido el de diligencia, el mismo que a su vez debe evaluarse atendiendo a la naturaleza de la prestación médica quirúrgica, que implica una preparación profesional escrupulosa y adecuada.

Si la jurisprudencia utilizaba el artículo 1176⁴⁷ para solucionar los problemas de la culpa en las hipótesis de mala praxis médica, no cabía duda de que el régimen seleccionado para la tutela frente a daños era la contractual⁴⁸.

Ahora, en lo que ya representa el tema del resarcimiento del daño extrapatrimonial en las prestaciones médicas tenemos lo comunicado por la Casación N° 9198 de setiembre de 1999, el cual resolvía un caso que involucraba a una entidad hospitalaria por un inadecuado servicio sanitario. En este pronunciamiento se dejaron las siguientes máximas: i) los servicios prestados por el centro de salud en la zona donde el paciente fue admitido encuentra su causa en un contrato válidamente estipulado; ii) esta relación negocial es disciplinada por las

⁴⁶ Ponzanelli (2020) informa que la responsabilidad civil sanitaria en Italia tuvo un gran desarrollo jurisprudencial entre 1978 y 2012, siendo las reglas dispuestas por los magistrados no muy favorables para los profesionales médicos y los establecimientos de salud, siendo alguna de ellas las siguientes: “a) **la naturaleza contractual de la responsabilidad de la estructura y del operador de la profesión sanitaria**; b) el funcionamiento general del principio de la proximidad de la prueba que termina por gravar sobre la estructura la carga de excluir el nexo de causalidad materia en los casos de causalidad incierta; c) la causalidad material interpretada de acuerdo con el criterio de ‘más probable que no; d) el reconocimiento de la pérdida de chance”, etc. (p. 4) (el resaltado es nuestro).

⁴⁷ **Artículo 1176 del Código Civil italiano.**- Para cumplir con su obligación, el deudor debe emplear la diligencia del buen padre de familia.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, se debe evaluar la diligencia respecto de la naturaleza de la actividad realizada.

⁴⁸ Se logra reafirmar esta idea (aunque con una disposición normativa distinta) con el fallo recaído en la Casación N° 6386, *Ses. III*, de mayo de 2001: “La relación entre el paciente y la estructura sanitaria está regulada, en lo que respecta al desempeño de la atención médica, por las normas relativas a la actividad del médico en el ámbito del contrato de trabajo profesional. De ello se deduce que la responsabilidad directa de la entidad hospitalaria y del especialista en salud están reglamentadas, por analogía, por las normas que regulan la responsabilidad médica en la ejecución de un contrato de trabajo profesional y, por ende, también por el artículo 2236 del Código Civil”.

normas relativas al contrato de trabajo profesional; iii) el centro de salud es responsable de todos los daños, patrimoniales o no patrimoniales, sufridos por el paciente debido a la negligencia de los médicos que operan dentro de la estructura sanitaria (Smorto, 2013, p. 644).

Tampoco han faltado fallos en los que se ha extremado la reparación de ciertos “daños no patrimoniales” en casos de responsabilidad contractual médica. Cassano y Posteraro (2017: 685) nos dan cuenta de la Sentencia N° 578/2010 dictada por el Tribunal de Treviso, en la que se señaló que:

[E]l error de diagnóstico que conlleva un retraso en la determinación de una enfermedad grave, incluso en el caso de que no haya tenido ninguna influencia negativa en la evolución, en el tratamiento y en el pronóstico de este, se considera adecuado para generar en el paciente un estado de ansiedad (y, por lo tanto, daño no patrimonial) debido a la “incertidumbre de diagnóstico”, situación que (...) puede ser compensada si es demostrada (...).

Si bien nos parece un tanto extravagante esa forma de “perjuicio” y que, consiguientemente, es discutible su uso para dar pie al empleo de la tutela resarcitoria, lo colocamos para insistir en el hecho de que, en la responsabilidad médica, que en dicho momento era irrefutablemente contractual, se reparaban los daños no patrimoniales.

Por su parte, en la Casación N° 18853/2004 se anotaba que el cirujano estético que ejecutaba mal su prestación no se encontraba solo obligado al reembolso de la suma pagada por la operación, sino que también debía compensar al paciente por los demás daños, tanto patrimoniales como no patrimoniales (Posteraro, 2016a, p. 911).

Sobre lo último, es decir, sobre la indebida ejecución de las prestaciones médico-satisfactivas (cirugía plástica), nadie dudaba del empleo de las reglas provenientes del campo del incumplimiento de obligaciones. Es más, la jurisprudencia propiciaba el levantamiento de la carga probatoria del paciente en cuanto a la determinación de la negligencia del galeno, disponiendo que sea este quien pruebe su correcto desempeño en la intervención quirúrgica. Así se desarrolló en la Casación N° 975/2009:

Sobre el tema de la responsabilidad civil en las actividades médico-quirúrgicas, donde se deduce una responsabilidad contractual de la estructura sanitaria y/o el médico por el inexacto cumplimiento de la prestación, el damnificado debe proporcionar la prueba del contrato (o del “contacto”), del agravamiento de la situación patológica (o del inicio de nuevas patologías debido a la intervención) y del relativo nexo de causalidad entre la acción u omisión del personal médico, quedando en la parte obligada -ya sea el ente hospitalario o el médico- la prueba de que el desempeño profesional se realizó diligentemente y que esos resultados fueron determinados por un evento inesperado e imprevisible. (Muccioli, 2012, p. 93)

En estos casos, además de brindar un resarcimiento por los gastos que iba a incurrir el paciente para restablecer su buen estado de salud, los magistrados reparaban también los perjuicios no patrimoniales que hayan sido consecuencia de la mala praxis, de ahí que se haga alusión a la disminución del estado físico por el agravamiento o aparición de una patología por la inadecuada ejecución de la prestación a cargo del médico.

Un aspecto que sumaba a la admisión de los daños carentes de contenido económico en las relaciones -obligacionales- médico (entidad sanitaria)-paciente era el hecho de que, conforme lo expuso Posteraro (2016b), el artículo 3 del Decreto Balduzzi había ampliado las tablas de cuantificación del daño biológico para servir como puntos de referencia al momento de cuantificar los perjuicios ocasionados en el campo de la responsabilidad médica (p. 846).

Sin embargo, todo este desarrollo de corte jurisprudencial se ha visto alterado recientemente por la Ley N° 24/2017. Esta nueva legislación ha dispuesto, en su artículo 7 punto 3, que el profesional médico que ejercita su actividad en el ámbito de una estructura sanitaria (pública o privada) y causa daños al paciente, responderá a título de responsabilidad extracontractual, mas no contractual⁴⁹. En ese sentido, hoy por hoy el empleo del estatuto contractual para el resarcimiento de los perjuicios no patrimoniales ocasionados durante la prestación médica se dará sólo en el campo de la locación de servicios. Así nos lo hace saber Granelli (2018):

De hecho -mientras nada cambia, respecto al pasado, para quien ejerce la profesión sanitaria que haya establecido un contrato de prestación de obra profesional con el paciente, ante quien el mismo sigue respondiendo como antes, a título de responsabilidad contractual- con referencia al profesional que, por su parte, ejercita la propia actividad en el ámbito de una estructura sanitaria o socio sanitaria (pública o privada), el legislador ha previsto que este último ya no responda, como hasta aquí ha afirmado la jurisprudencia, a título de responsabilidad contractual, sino a título de responsabilidad extracontractual (art. 7, punto 3).

Consecuentemente, en el tema de responsabilidad médica, los daños no patrimoniales, dependiendo el caso, se someterán a ambos regímenes de responsabilidad: por incumplimiento y extracontractual.

Finalmente, otro escenario en el que se reconoce el resarcimiento de los perjuicios inmateriales en las relaciones contractuales es en el de la compra de paquetes turísticos. De acuerdo a una sentencia expedida por el Tribunal de Milán a finales del año 2010:

(...) el resarcimiento del daño por vacaciones perdidas, configurado como daño no patrimonial, se basa en la combinación de lo dispuesto en el artículo 2059 del Código Civil y del artículo 92.2 del Código del Consumo, según la cual el consumidor, en caso de anulación del paquete de viaje por motivos ajenos a su persona, tiene derecho, además de la devolución del importe o, alternativamente, a la oferta de un servicio equivalente por parte de la agencia de viajes, al resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento del contrato. (Serrano Ruiz, 2016, p. 68)

Luego, en el año 2011 entra en vigor el Código de Turismo que, de acuerdo a su artículo 47, “en el caso de que el incumplimiento o la inexacta ejecución de las prestaciones que forman parte del objeto del paquete turístico no sea de escasa importancia en el sentido del artículo 1455 del Código Civil, el turista puede solicitar, independientemente de la resolución del contrato, un resarcimiento por los daños relacionados con el tiempo de vacaciones inútilmente transcurrido, así como la irrepetibilidad de la oportunidad perdida (...)”. Mazzamuto (2012) al respecto expresaba:

[L]a apertura de la reglamentación de la disciplina del contrato de paquete turístico en cuanto al resarcimiento del daño a la persona (...) ha puesto de manifiesto la cuestión del daño contractual extrapatrimonial, proporcionando un pretexto normativo adicional a la línea de pensamiento que, contraria al enfoque tradicional, admite la compatibilidad entre la responsabilidad por incumplimiento y el daño no económico, ahora consagrado por el legislador del año 2011 en el artículo 47 para los casos de daños por vacaciones arruinadas (p. 442).

Por todo lo dicho se puede sostener que en Italia sí se reconoce el resarcimiento del daño no patrimonial en las hipótesis de incumplimiento obligacional. Resumiendo, entonces, si la lesión al derecho de crédito implica la frustración de los intereses no patrimoniales puestos

⁴⁹ “La ley de 2017 (...) sí mantiene, con todos los aspectos favorables para el paciente damnificado, la responsabilidad contractual de la estructura sanitaria ex artículo 1218 c.c., haciendo en cambio devenir en extracontractual la responsabilidad del que ejerce la profesión médica (...)” (Ponzanelli, 2020, pp. 5-6).

en juego, el perjuicio sufrido por el acreedor puede ser resarcido incluso si el daño no presenta contenido pecuniario (Mazzamuto y Plaia, 2012, p. 55).

2.2.1.3. Derecho español

En el Código Civil español se puede apreciar, de acuerdo a su artículo 1101, que “[q]uedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

Ante dicha disposición cabe cuestionarse, ¿qué daños pueden ser reparados por el incumplimiento o cumplimiento deficiente de la obligación? La respuesta parece encontrarse en el artículo 1106 del mencionado cuerpo legislativo: “[l]a indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

Entonces, a partir de las previsiones normativas que se acaban de anotar, todo parecería indicar que, en el sistema español, podrían ser materia de resarcimiento contractual únicamente los perjuicios de naturaleza material: el daño emergente (“valor de la pérdida”) y el lucro cesante (“ganancias dejadas de obtener”). Este razonamiento es apoyado incluso por uno de los autores más renombrados de dicho país. Efectivamente, Díez-Picazo (2008), en una breve, pero interesante monografía, señala que “[e]l Derecho positivo español sólo admite por incumplimiento de obligaciones contractuales un daño patrimonial en el artículo 1.106 del Código Civil: la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia dejada de obtener” (p. 42). Yendo incluso más lejos, culmina su frase de la siguiente manera: “(...) no existe base legislativa para poner en marcha un daño moral”.

Esta idea puede comprenderse de cierta manera, pues el artículo 1106 del Código Civil español de 1889 tiene influencia directa del viejo artículo 1149 del Código Civil francés de 1804 (“Los daños e intereses debidos al acreedor tendrán su causa, en general, en la pérdida que hubiera sufrido y en la ganancia de la que hubiera sido privado, salvo las excepciones y modificaciones citadas a continuación”) que, siguiendo las posturas de Domat y Pothier, negaba la posibilidad de reparar los perjuicios morales en el campo contractual.

Aunado a lo anterior, ambos Códigos, al ser decimonónicos, mantenían una fuerte esencia liberalista, esto es, apuntando principalmente a la protección de la propiedad, por lo se presentaba como idea descabellada el hecho de intentar reparar los perjuicios morales a través de las normas que regulaban el vehículo que por excelencia transmitía la propiedad de las cosas de una persona a otra: el contrato. El pensamiento vigente en dicha época iba así: “si el objeto de la relación obligatoria es una prestación de naturaleza patrimonial, la inejecución de la prestación sólo puede generar daños patrimoniales y ello impide que haya daños morales derivados del incumplimiento de un contrato (...)” (Rodríguez Guitián, 2007, p. 244).

Sin embargo, a la última premisa se le formuló una objeción a partir de la diferencia existente entre la patrimonialidad de la prestación con la patrimonialidad o no del interés subyacente en cabeza del acreedor: “(...) aunque la prestación sea patrimonial y susceptible de valoración económica, ello no impide que pueda responder a un interés del acreedor de naturaleza no económica. Una cosa es el contenido de la prestación y otra distinta los intereses o bienes que resultan afectados por el incumplimiento de la obligación, que pueden ser bienes o intereses de naturaleza no patrimonial” (Rodríguez Guitián, 2007, p. 244).

Tal vez por lo anterior, Díez-Picazo (2008), aunque con desconfianza, anotaba seguidamente que podría admitirse el empleo de la responsabilidad por incumplimiento para daños morales en extremas y limitadas situaciones: “Sólo puede, según parece, entrar en juego [la reparación del daño moral] si por la naturaleza de la prestación o por el alcance de los pactos existentes entre las partes y de la forma de entender los riesgos contractuales existe alguna obligación contractual de preservar la incolumidad de los bienes personales” (p. 42).

En España, la idea del daño moral por incumplimiento tiene una concreta fecha de inicio: 9 de mayo de 1984 (Nieto Alonso, 2006, p. 1126). Fue el Tribunal Supremo, a través del RJ 1984-2403, que se pronuncia sobre la viabilidad del resarcimiento de un daño inmaterial por la mala ejecución de un contrato de suplemento publicitario. En concreto los hechos fueron los siguientes: el señor Serra Barbiera demandó la reparación de los daños morales a la Compañía Telefónica Nacional de España “como consecuencia de haberse omitido en la guía telefónica de la provincia de Lérida la inserción en letra negrilla del nombre, apellidos, profesión de abogado, dirección y número de teléfono de aquél” (Nieto Alonso, 2006, p. 1189).

Ante tales acontecimientos, el máximo órgano judicial español ampara en parte la demanda formulada, argumentando para ello que la empresa de telefonía, con su inadecuado obrar, atentó indebidamente contra “la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela” (Rodríguez Guitián, 2007, p. 241).

A decir verdad, si bien la doctrina española no tiene la menor duda de que es con dicho fallo que se comienza a hablar de la posibilidad de resarcir los daños inmateriales bajo la normativa de la responsabilidad contractual, a su vez admiten que la justificación que se emplea para llegar a ese cometido es incorrecta, pues bien vistas las cosas, el perjuicio padecido por el señor Serra Barbiera, lejos de ser uno de carácter moral, era más bien de corte económico, en concreto, un lucro cesante. Compartimos por ello lo indicado por Rodríguez Guitián (2007):

No creo que en este supuesto la compañía demandada, con su comportamiento omisivo, esté imputando hechos o manifestando juicios de valor que lesionen la dignidad del abogado que se traduzcan en un menoscabo de su fama o en un atentado contra su propia estimación. (...) El Tribunal Supremo se está alejando con esta resolución de una noción tradicional de daño moral apegada a los bienes primordiales de la persona o a los derechos de la personalidad. Lo que sí es seguro es que en este supuesto está en juego, sobre todo, un problema de lucro cesante (p. 241).

Yzquierdo Tolsada es partícipe de la reparación de los daños morales en el caso que estos tengan como contexto el mal obrar en el desenvolvimiento de la prestación contractual. Agrega que no es necesario que los bienes inmateriales se encuentren de forma taxativa previstos en el acuerdo, pues será admisible que se formule una integración en el contrato con los usos y las costumbres que rodean a la operación económica, esto a partir de lo regulado en el artículo 1258 de Código Civil, el cual señala que “[l]os contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Así, el autor apunta:

[C]uando el daño tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de una obligación estipulada (...), o tiene su encaje en las obligaciones que, aunque nada se haya dicho expresamente en el contrato, forman también parte de él (...), no debería haber necesidad de escapar de la órbita contractual para encontrar la respuesta por la vía aquiliana. (...).

Semejante daño moral sólo será extracontractual si no fuera posible situarlo en la esfera de los bienes que fueron tenidos en cuenta al celebrar el contrato o debieron serlo (Yzquierdo Tolsada, 2015, p. 181).

Prosiguiendo con el campo doctrinal, Solé Feliu (2009), apoyándose en la tendencia jurisprudencial mayoritaria de su país, anota que “iniciada -la indemnización del daño moral- en el campo extracontractual, se amplió su ámbito al contractual, adaptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica de *‘pretium doloris’* y los ataques a los derechos de la personalidad” (p. 18). Además, enfatiza que la actual visión del Tribunal Supremo es considerar al daño como una consecuencia que se deriva de la lesión a un determinado interés, ya sea este de contenido patrimonial o no patrimonial. En ese sentido, sostiene que los perjuicios morales pueden provenir de un menoscabo a bienes inmateriales, como también de bienes materiales, y viceversa, es decir, que consecuencias dañosas de naturaleza económica puedan tener como causa el detrimento de bienes materiales, como también de bienes inmateriales:

Así, “los daños originados en el ámbito del patrimonio económico de una persona pueden ser no sólo patrimoniales, sino también morales”, del mismo modo que los daños “que afectan a su patrimonio biológico pueden ser de carácter moral o de carácter patrimonial” y que “los daños producidos en el ámbito del patrimonio moral (...), puedan ser de naturaleza patrimonial (...) y no sólo moral (según admite implícitamente el artículo 9.3 de la Ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen)” (Solé Feliu, 2009, p. 19).

Una posición interesante sobre el asunto la tiene Espiau Espiau. Considera que hay dos aparentes escenarios en los que la doctrina y la jurisprudencia española parecen centrar el tema del daño moral contractual: i) cuando el objeto del contrato recae directamente sobre uno o varios derechos de la personalidad del acreedor; y, ii) cuando, a pesar de no constituir el objeto del contrato un derecho inherente a la persona, el incumplimiento genera una perturbación o una aflicción en el acreedor.

En el primer caso, prosigue el autor, no tiene mayor inconveniente en aceptar la reparación del perjuicio inmaterial. Así, “la calificación de daño moral como contractual y su indemnización como elemento integrante de la responsabilidad contractual parecen adecuadas, toda vez que (...) la misma prestación contractual comprometida por el contratante incumplidor afecta ‘a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor’” (Espiau Espiau, 2002, p. 1793). En cambio, para el segundo sí se muestra en total desacuerdo, ya que comprende que, en tales supuestos, de vislumbrarse un auténtico perjuicio moral, el estatuto pertinente para lograr el resarcimiento sería el extracontractual:

No niego que un incumplimiento contractual pueda producir una ‘perturbación o aflicción’ al contratante frustrado; lo que me cuesta aceptar es que esa perturbación constituya un daño moral o no patrimonial, y, sobre todo, que este daño moral -[en] caso de producirse- sea un componente de la responsabilidad contractual derivada de dicho incumplimiento (...).

Lo anterior no significa, en cualquier caso, que la frustración que pueda derivar de un incumplimiento obligacional o contractual, de ser efectivamente constitutiva de un daño moral o no patrimonial, no deba ser indemnizado. Lo que ocurre es que no creo lo sea al amparo del artículo 1107 del CC, integrando la responsabilidad contractual que regula este precepto, sino que, de serlo, el cauce adecuado para reclamar su resarcimiento es (...) el que proporciona el artículo 1902 del CC [responsabilidad extracontractual] (...). (Espiau Espiau, 2002, pp. 1796-1798)

La posición de Espiau Espiau, que se condice con la de Díez-Picazo, es ciertamente minoritaria. No obstante, ello no significa que en España siempre se reparen las

desconsolaciones del acreedor cuando se gesta una hipótesis de incumplimiento. En realidad, la magistratura brinda el resarcimiento sólo cuando la no ejecución o la inexacta ejecución de la prestación debida generan un malestar de gran magnitud.

Hay dos casos en los que se trasluce esta última indicación. El primero se ubica en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en la RJ 2000-5089 de mayo de 2000. Aquí, el señor D. Jordi demandó el pago de setenta mil dólares americanos a la empresa *Trans World Airlines Incorporated* (TWA) por los perjuicios morales y materiales que padeció a causa del retraso de ocho horas de su vuelo TWA 900 que iba de Nueva York a Barcelona, al haberse realizado una escala en la ciudad de Lisboa⁵⁰. Una vez transitadas las instancias de mérito, que habían amparado parcialmente los reclamos por el daño moral (se habló de las incomodidades que experimentó el señor D. Jordi), la Primera Sala del Tribunal Supremo decidió rechazar el recurso de casación planteado por la empresa demandada, sosteniendo para ello que, en este particular caso, la demora en la prestación del servicio de transporte aéreo sí fue capaz de generar molestias susceptibles de ser reparadas a través del daño moral:

[L]a entidad de la aflicción del viajero demandante se aprecia si se analizan ciertas circunstancias (...): regresa a su domicilio después de un viaje de novios, preocupación por pérdida de un día de trabajo, el hecho se produce en un país extranjero y lejano, imposibilidad de poder buscar una alternativa sustitutiva y, por último, falta de una explicación razonable por parte de la compañía aérea. (Rodríguez Guitián, 2007, pp. 253-254)

Con ello se dejó sentado que, al margen de los padecimientos propios de cualquier lesión al derecho de crédito⁵¹, estos serán resarcidos única y exclusivamente cuando las peculiaridades del evento lesivo denoten un alto grado de malestar y disgusto en el acreedor.

El segundo caso lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo RJ 2005-2614 de marzo de 2005. Aquí, don Aurelio celebró con el Banco Santander un contrato de cambio por el que esta entidad le otorgaba, a cambio de una comisión, seis billetes de cien dólares americanos. Luego de recibir el dinero don Aurelio viaja a Estados Unidos y, a causa de la relación sentimental que inicia con una ciudadana norteamericana, decide aperturar una cuenta corriente en una entidad bancaria con los seiscientos dólares que había obtenido del Banco Santander. Lo que ocurrió fue que uno de los empleados de la empresa financiera en la que se pretendía abrir la cuenta se percató que los billetes entregados eran falsos, por lo que comunicó rápidamente a la policía y a dos agentes del Departamento de Tesoro, quienes procedieron a detener e interrogar en público a don Aurelio y a su pareja, siendo además fotografiados y registrados a través de sus huellas digitales y sus datos personales. Después de algunos días son puestos en libertad, ya que se llegó a probar que los cheques falsos habían sido entregados por el Banco Santander. Con todo este material fáctico el Tribunal Supremo brindó un resarcimiento por daño moral al señor Aurelio con la cantidad de trescientos sesenta mil euros. Como nos dice Rodríguez Guitián (2007) relatando este fallo:

[E]l cumplimiento es gravemente defectuoso y lleva consigo la frustración del fin práctico del negocio, al no cumplir la entidad con su obligación de comprobar la autenticidad de los billetes que entrega al cliente (...). Por otra parte, **los daños morales han de ser reparados también por la gravedad de las circunstancias del caso: los daños consisten en la angustia, la ansiedad y el miedo que lógicamente le produce al demandante ser detenido, por sorpresa, por la policía, ser fichado e interrogado en público, delante de sus vecinos, y todo ello además en un país extranjero** (p. 260) (el resaltado es nuestro).

⁵⁰ El motivo de la escala no fue otro que el de llevar a Lisboa un motor para uno de los aviones de la propia aerolínea que se encontraba averiado en la capital portuguesa.

⁵¹ De acuerdo a la narración que lleva a cabo Rodríguez Guitián (2007), en la sentencia se plasmó que “no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso de vuelo” (pp. 253-254).

Entonces, es posible hablar de un daño moral por incumplimiento dentro del ordenamiento jurídico español, siendo admisible este perjuicio en los supuestos en los que es un derecho de la personalidad el objeto sobre el cual recae la prestación asumida por el deudor (por ejemplo, las operaciones de cirugía estética), así como en las hipótesis en las que la sensación de incomodidad y desagrado por el incumplimiento que experimenta el acreedor, al margen de si está involucrado o no un bien inmaterial, son sumamente graves por las particularidades del entorno que rodean la configuración del perjuicio.

2.2.2. Derecho sudamericano

Ahora conviene hacer referencia a la evolución que sobre el resarcimiento del daño moral en la inexecución de obligaciones se ha dado en los ordenamientos jurídicos de Argentina, Brasil, Chile y Colombia. La inclusión de los dos primeros debe resaltarse porque sus cuerpos normativos han entrado en vigor en el siglo XXI. En cambio, en el caso de los dos últimos es que su codificación decimonónica, forjada en su momento por Andrés Bello, y que hasta el día de hoy se mantiene vigente.

2.2.2.1. Derecho argentino

Fue en el año de 2015 que entró en vigor el novedoso Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, por lo que antes de dicha fecha se encontraba regulando las relaciones intersubjetivas de carácter privado el viejo Código Civil de Vélez Sarsfield (promulgado en 1869 y vigente a partir de 1871), por lo que primero pasaremos a revisar cómo es que se encontraba previsto legislativamente en este último cuerpo de leyes el daño moral por inexecución de obligaciones.

En su versión original, el Código de Vélez sí recogía el resarcimiento de los daños morales, pero sólo para las hipótesis de responsabilidad extracontractual y siempre que se cumplan ciertos requisitos exigidos por la norma. Por ejemplo, este perjuicio era reparado únicamente si se había configurado un delito, por lo que su invocación se encontraba prohibida para los casos en los que se haya verificado un cuasidelito. Adicionalmente, la legitimación para el reclamo del daño recaía de forma exclusiva en el agraviado, y en caso de que haya fallecido, dicha legitimación se extendía a sus herederos.

Así, el artículo 1078 (ubicado en el Libro Segundo: De los derechos personales en las relaciones civiles; Sección Segunda: De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones; Título VIII: De los actos ilícitos; Capítulos I: De los delitos) iba de la siguiente manera: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

Y es que a pesar de que la doctrina argentina de la época entendía que el daño moral era concebido como todo aquel menoscabo que no generaba una disminución en el patrimonio de la víctima⁵² (en términos sencillos, lo opuesto al daño material o económico), algunos

⁵² Borda (1985) graficaba el daño moral con los siguientes supuestos: “dolor físico, depresión sufrida con motivo de la amputación de una pierna o de la desfiguración del rostro, pérdida de la posibilidad de gozar de los bienes espirituales de la vida, como consecuencia de una ceguera, una invalidez, dolor moral por la pérdida del esposo, del padre, del hijo, víctimas del accidente” (p. 116).

sostenían que su función era eminente punitiva, por lo que se la asemejaba a una especie de pena privada, pues al exigirse el dolo para su otorgamiento (por eso se hablaba de delitos, mas no de cuasidelitos), lo que se pretendía con la condena de dicho pago, más que una reparación, buscaba castigar el mal comportamiento del agresor. En esta última tendencia se pueden encontrar a autores de gran renombre como los de Llambías, Benegas y Sassot (1985), pues en uno de sus trabajos se animan a afirmar que:

Nuestra conciencia jurídica se rebela ante la idea de que pueda quedar impune el hecho ilícito por el cual se mortifica a la víctima, causándole una injusta aflicción en su ánimo. Sin duda, desde que por hipótesis no media menoscabo patrimonial, no podrá hablarse de “resarcimiento” de un daño patrimonial inexistente, pero habrá que arbitrar algún recurso para que en odio al delito se castigue al delincuente por su acción injusta. Por ello, la reparación del daño moral encuentra su justificación no por el lado de la víctima de la lesión, sino por el lado del ofensor: no constituye un “resarcimiento”, sino una “pena civil”, mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor (pp. 102-103).

Esta concepción era compartida, incluso desde antes que Llambías, por Salvat, pues de acuerdo a un proyecto de ley recaído en el Expediente N° 5818-D-2014, que se presentó al Senado y Cámara de Diputados con el objetivo de variar la redacción del artículo 1078 del Código Civil, se puntualizaba que “Raimundo Salvat siendo juez de la Cámara Civil de la Capital Federal argumentó que el daño moral era indemnizable cuando se tratase de un delito criminal, que al mismo tiempo fuera un delito civil, no así si era meramente culposo (...)”⁵³.

Sin embargo, contra esta tendencia se levantó otra que no aceptaba el resarcimiento del daño moral sólo para los casos provenientes de conductas dolosas. Así nos lo informan Cazeaux y Trigo Represas (1984), quienes sostienen que autores como Brebbia, Colombo, Salas, Dassen, Acuña Anzorena, Machado, Suárez Videla, Spota, etc., incidían en la posibilidad de que los daños morales, provengan o no de delitos, deben ser resarcidos. Se apoyaban para su fundamentación en la nota al pie que había dejado Vélez Sarsfield en el artículo 2312 del Código Civil: “Hay derechos y los más importantes que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituya un bien jurídicamente hablando (...)” (pp. 226-227).

Con una tendencia mayoritaria por esta última tesis es que el “legislador” argentino se animó a consagrar la reparación de daños inmateriales en los supuestos de inexecución de obligaciones. Esta reforma a la redacción original del Código de Vélez se logró a través del Decreto Ley N° 17.711/68, en la cual se procedió con la modificación del artículo 522, que a partir de dicho instante prescribía que “[e]n los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

Evidentemente no faltaron quienes en su momento se opusieron a la inclusión del resarcimiento del perjuicio moral en el campo del incumplimiento, tanto así que se formularon algunas interpretaciones para no restar el “valor original” a la consagración normativa de este tipo de reparación. Muestra de lo último son las anotaciones hechas por Llambías, Benegas y Sassot (1985):

Luego de la sanción de la Ley N° 17.711 (...) ahora se admite la reparación del agravio moral también en el ámbito contractual, pero es importante apuntar que esa reparación no aparece

⁵³ Puede revisarse el proyecto de ley en el siguiente portal web: <<<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=5818-D-2014>>>

como un derecho estricto del agraviado, sino como una posibilidad de que el juez haga funcionar una atribución que la ley ha remitido a su prudencia y discreción.

Por otra parte, la reforma tiene el acierto de contemplar -tanto en materia contractual como extracontractual- la reparación del agravio moral, no de cualquier daño moral.

El daño moral es el género que comprende a toda lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que alguien padece. El agravio moral es una especie de ese género, consistente en la lesión intencionada.

Por ello sólo hay razón suficiente para imponer una sanción al causante de un daño moral cuando él ha obrado con la maligna intención de producir ese resultado. El agravio moral es un presupuesto de la condigna reparación (p. 107).

En resumidas cuentas, para estos autores: i) el pago de una suma dineraria por concepto de daño moral en la inejecución de las obligaciones quedaba a discreción exclusiva y absoluta del juez; y, ii) para proceder con dicha discreción, los magistrados debían constatar previamente que el perjuicio haya derivado de una infracción dolosa del deudor.

Posición contraria, y que se tornó dominante en la doctrina y jurisprudencia argentina, es aquella de la que participó Moisset de Espanés (1985):

[L]a reforma ha seguido las recomendaciones vertidas en varios certámenes científicos, estableciendo de manera amplia la reparación del daño moral. Es cierto que la redacción dada al artículo 522 provoca algunas divergencias interpretativas, pero no son insuperables. Por nuestra parte entendemos que el vocablo “agravio”, empleado en esa norma, es sinónimo de “daño”, y que la facultad indemnizatoria que se otorga a los jueces por medio del vocablo “podrán”, jamás puede significar que se deja librado a su arbitrio conceder o no la indemnización, sino simplemente que están facultados para fijarla cuando se hubiese acreditado la existencia de ese rubro resarcitorio (pp. 19-20).

A pesar de ello, tal como los daños de carácter material (daño emergente y lucro cesante), los perjuicios morales se sujetaban a las reglas generales de la inejecución de las obligaciones, sobre todo en el tema de inmediatez (artículo 520⁵⁴) y mediatez (artículo 521⁵⁵) de las consecuencias dañosas derivadas del incumplimiento atendiendo al criterio de imputación empleado (culpa o dolo).

Sobre lo anterior sirve de ejemplo el fallo de agosto de 1994 dictado por la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil⁵⁶ recaído en un caso de no restitución de vivienda locada. Los hechos fueron los siguientes: el señor Cornejo acudió a la judicatura requiriendo el pago de un determinado monto dinerario por concepto de daño moral en contra de su inquilino, el señor Maiztegui, pues este, a pesar de haberse culminado el plazo de locación inmobiliaria (31 de mayo de 1988), y también haberse intimado para la restitución (22 de mayo de 1989), no cumplió con devolver el predio. Esto motivó a que el señor Cornejo incoara un proceso de desalojo que culminó el 12 de diciembre de 1989 por el allanamiento realizado por el señor Maiztegui, momento en el que el juez dio por concluido el vínculo locativo. Vale decir que, durante el periodo de la locación, el señor Cornejo junto con su cónyuge venían ocupando un inmueble en Bella Vista, provincia de Buenos Aires, pero que, con fecha 15 de abril de 1989, dieron en locación a favor de la señora Podestá de Hammar bajo la creencia que iban a recuperar sin mayores problemas la vivienda que habían dado al señor Maiztegui, hecho que, como ya se detalló, no llegó a ocurrir, por lo que se vieron

⁵⁴ **Artículo 520 del Código Civil argentino.**- En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.

⁵⁵ **Artículo 521 del Código Civil argentino.**- Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

⁵⁶ Puede revisarse la sentencia en el siguiente portal web: <<[74](http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dasj060084-herandez-dano_moral_en_responsabilidad.htm#>>>></p></div><div data-bbox=)

obligados a no entregar la posesión del predio ubicado en Bella Vista, lo cual le generó la obligación de abonar a favor de la señora Podestá de Hammar una fuerte suma de dinero como penalidad. Y, por si no fuera poco, la vivienda de Bellavista que ocupaba el señor Cornejo y su familia era extremadamente peligrosa, pues diariamente existía una ola enorme de delincuencia y asaltos a mano armada, lo que los llevó a contratar seguridad privada para resguardar su integridad.

El juez de primera instancia rechaza la demanda de resarcimiento de daño moral por el incumplimiento de la obligación restitutoria por parte del inquilino, el señor Maiztegui:

Con respecto al reclamo por daño moral, también resulta desestimado sobre la base de entender que, con arreglo al artículo 522 del Cód. Civil, su procedencia es de interpretación restrictiva y limitativa y además, por considerar el juez de grado que, en materia de responsabilidad contractual, el daño moral siempre debe ser una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento de la obligación y no, como ocurre en el caso, una consecuencia mediata que está conectada con hechos distintos y extraños al incumplimiento de su obligación contractual por parte del ex inquilino Maiztegui.

Una vez apelada la sentencia, la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechaza el recurso y confirma la decisión de su inferior en grado:

Con respecto al agravio referente al daño moral, rechazado por el juez de grado, considero que debe ser también desestimado en razón de lo siguiente: Tratándose de un supuesto de daño contractual, rige el artículo 522 del Código Civil, que sólo faculta al juez “para condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”. En primer lugar, participo por vía de principio de la corriente doctrinaria y jurisprudencial según la cual el resarcimiento de este daño en materia de incumplimiento de contratos es de interpretación restrictiva y limitativa y que no basta la sola invocación del daño moral para su procedencia sino que aquel que lo alega o invoca tiene a su exclusivo cargo la prueba concreta de su existencia y la relación directa de causalidad entre dicho daño y el incumplimiento de la prestación a cargo del deudor (...).

En segundo lugar, esta Sala K ha dicho en reiteradas oportunidades que no cualquier molestia, o desagrado o aflictiva situación derivada del solo incumplimiento de un contrato puede generar de por sí un resarcimiento por daño moral en favor de la víctima, si no se demuestra clara y concretamente que dicho incumplimiento ha producido una lesión directa en los valores más hondos de la personalidad humana, que hacen al mundo de sus afectos íntimos.

En esta línea argumental, y teniendo presente las circunstancias que rodean al caso, como dice el artículo 522 citado, hay un hecho, hasta reconocido por la actora en su demanda que conspira directamente en su contra y que es el siguiente: El propio actor Cornejo reconoció en el escrito introductorio de instancia de fs. 62/71 que al contrato de locación que lo vinculó a su inquilino “feneció en mayo de 1988” y sin embargo, la documentación agregada por el propio actor demuestra que el requerimiento formal del departamento al inquilino Maiztegui recién se formalizó el 22/4/89, es decir, “pasado un año desde la fecha de su vencimiento”. Si pues el actor dejó pasar un año sin reclamar formalmente de su inquilino la restitución de la finca, y si los episodios de los asaltos, etc., ocurridos en la localidad de Bella Vista comenzaron en mayo o junio de 1989 me parece claro que Cornejo no puede imputar al accionado la responsabilidad por estos hechos, que desde luego no se habrían producido si Cornejo, actuando con la serenidad y celeridad que la situación requería hubiera reclamado formalmente la entrega del departamento en mayo o junio de 1988. Ante esta situación, resulta plenamente aplicable al caso el artículo 1111 del Código Civil; “[e]l hecho de que no causa daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna”. Claro está que, al no exigir la restitución de la finca el locador, el contrato se entiende que continúa rigiendo y en los mismos términos, pero esta situación

desde luego no puede ser imputada al inquilino porque resulta una simple aplicación de lo dispuesto en el artículo 1622 del Código Civil, que el propio Cornejo cita en su escrito de demanda.

Entonces, no basta con la alegación del acreedor de que se produjo una consecuencia dañosa en sus derechos inmateriales o personales por la inejecución de las obligaciones contractuales, es necesario que las afirmaciones se sustenten en pruebas y que estas se acomoden a los supuestos fácticos previstos en las disposiciones que regulan el juicio de la responsabilidad por incumplimiento.

También se dictaron fallos en Argentina sobre el tema que nos ocupa en litigios que involucraban relaciones de consumo. Un caso que es muy citado por la doctrina de dicho país para graficar el perjuicio moral por el inadecuado servicio que presta un proveedor es el que resolvió la Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza en setiembre de 2010. De acuerdo a Ritto (2014):

Dicho decisorio revoca la sentencia de primera instancia y admite parcialmente la demanda de daños y perjuicios planteada por los progenitores en representación de su hijo menor, condenando a una farmacia a abonar el Daño Moral provocado por la venta de un medicamento que no era el recetado y que provocó su internación por intoxicación.

En el caso, la Cámara entiende que la lesión antijurídica atribuida a la actora resulta del error en la venta del fármaco donde el personal idóneo debe seguir las prescripciones del médico y esta obligación fue incumplida por lo cual la propietaria debe responder por el hecho de su dependiente que configura el incumplimiento obligacional (p. 45).

En la sentencia, entonces, se determinó la existencia de un daño moral que debía ser necesariamente reparado. El argumento central fue como sigue:

El hecho de que el menor no haya sufrido una incapacidad psicofísica como consecuencia de la ingesta del medicamento vendido erróneamente por la farmacia accionada -en el caso, se le entregó un medicamento para adultos con una dosis mayor- no es óbice para que ésta lo indemnice por daño moral frente al sufrimiento que seguramente experimentó al ingerir el medicamento y haber requerido una posterior internación para ser desintoxicado. (Sosa, 2014, p. 177)

Con todos estos antecedentes quedaba claro que en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina del año 2015 se iba a aceptar el resarcimiento de los perjuicios inmateriales en el campo de las relaciones obligatorias. Así, son dos los artículos los que se deben conjugar para no dudar de dicha regulación. Primero tenemos al artículo 1716, que señala: “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”. Luego, el artículo 1738 prescribe: “La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

Entonces, los perjuicios que provengan de la lesión a los derechos de la personalidad, que no vienen a ser otros que aquellos que hemos venido catalogando como morales o inmateriales, sí merecerán una reparación si tienen como contexto la lesión del crédito que favorecía al acreedor. De igual forma, los daños morales se sujetan a las reglas generales de la responsabilidad por incumplimiento.

Bajo la vigencia de este Código Civil y Comercial se han presentado interesantes casos judicializados. Así, en mayo de 2019, la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, provincia de Santa Fe, llegó a confirmar una sentencia en la que se obligaba a la empresa Motor Parts S.A. a pagar una suma de dinero (ciento veinte mil pesos) por concepto de daño moral a su trabajador, el señor Germán Stoffel, por las distintas lesiones físicas (incapacidad total y permanente ascendente a un 75.80%) de la cual había sido víctima por su inadecuada manipulación de un torno chavetero mientras desarrollaba sus actividades laborales. Se sostuvo la responsabilidad contractual de la empresa demandada por no cumplir con su deber de capacitación, lo que generó que el mal manejo de la máquina cause graves perjuicios en la integridad física del señor Germán Stoffel:

El poco tiempo transcurrido entre el ingreso del actor y el accidente sufrido por él, permite inferir que no estaba bien capacitado para maniobrar el torno chavetero en cuestión; en todo caso, se puede presumir que no tenía suficiente experiencia. (...)

Va de suyo que una de las consecuencias del daño sufrido en un accidente que produjo un daño físico es la perturbación espiritual que ha experimentado la víctima (...). Es unánime la jurisprudencia y doctrina en cuanto al criterio amplio con el que debe evaluarse este tipo de daño. En principio, por su naturaleza moral, insusceptible de valoración económica, para su reconocimiento no se requiere prueba directa -daño "*in re ipsa*"-, debiendo tenerse por acreditada su existencia y magnitud por vía presuncional. Y las bases para elaborar dicha presunción las aportan las particularidades de cada caso.

En el asunto que acá nos ocupa, carece de sustento lo expresado por el quejoso ya que la valoración del presente rubro fue correctamente determinado por el juez, quién en la amplitud de aspectos que tienden a su concreción, como lo detalla en la sentencia describiendo las lesiones, afecciones sufridas por el actor y el porcentaje de incapacidad determinado, los que no fueron objetados por los demandados. En este sentido, no ha dado el quejoso motivo alguno que justifique disminuir la cifra fijada en el fallo.

Entonces, legislativa, jurisprudencial y doctrinariamente, aunque con mínimas discrepancias sobre sus alcances, en Argentina se permite el resarcimiento del daño moral por la inejecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de una obligación previamente asumida.

2.2.2.2. Derecho brasileño

El artículo 389 del Código Civil brasileño del año 2002 apunta que "si no es cumplida la obligación, el deudor es responsable de los daños y perjuicios, más los intereses y la actualización monetaria de acuerdo con los índices oficiales regularmente establecidos, así como los honorarios de abogado". Asimismo, en el artículo 402 se dispone que "salvo las excepciones expresamente previstas en la ley, los daños debidos al acreedor cubren, además de lo que efectivamente perdió, las ganancias que razonablemente debió obtener".

De ambos dispositivos legales se desprende que el resarcimiento que el deudor debe pagar al acreedor por los daños derivados del incumplimiento obligacional son patrimoniales, los cuales se hallan representados principalmente por el daño emergente y el lucro cesante.

Sin embargo, la forma en la cual se encuentra diseñado el reglamento de la responsabilidad contractual en el Código Civil brasileño no ha sido impedimento para que la doctrina y la jurisprudencia reconozcan la posibilidad de reparación del daño moral. El recurso más sencillo para lograr dicha hazaña fue a través de la "constitucionalización" de su derecho civil; en nuestra materia específicamente con lo prescrito en el artículo 5 inciso 10 de su Constitución Federal, que a la letra señala: "Son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, asegurándose el derecho a indemnización por el daño material o moral derivado de su violación". Este resarcimiento se brindaría tanto en los casos

de inexecución de obligaciones, como en aquellos en los que no existe una vinculación obligatoria previa entre dañante y dañado.

Debemos aclarar que, del referido artículo 5 inciso 10 de la Constitución Federal de Brasil, el campo de los daños morales suele abarcar, principalmente, todos aquellos menoscabos que se ocasionen sobre los derechos de la personalidad. Sin embargo, se acepta también que los perjuicios morales se asocien con aquellos grandes malestares que recaen en la faz emocional del sujeto (Farias y Rosenvald, 2015a, p. 538). Sobre los primeros no hay mayor duda de que el resarcimiento procede en el caso de incumplimiento de obligaciones, más aún cuando es el derecho de la personalidad el que forma parte del objeto sobre el cual recae la prestación; en cambio, respecto de los segundos no se suelen formular argumentos a favor de su reparación bajo las disposiciones de la responsabilidad contractual. Así, para Coelho (2005):

[E]l simple incumplimiento de obligaciones de fuente comercial no suelen causar daños en el acreedor posibles de resarcimiento por perjuicio moral. De hecho, si el arrendador no recibe la renta, el mutuante no ve restituido el bien mutuado (...) o no se verifica el pago de alimentos, no se consuma en los agraviados un dolor de intensidad similar a la pérdida de un hijo en un accidente de tránsito, a un acto de discriminación racial o a la constatación de una difamación que cause deshonor. La simple inexecución de tales obligaciones no autoriza, en general, nada más que una recomposición patrimonial (p. 181).

Empero, otro sector doctrinario opina que deben resarcirse las molestias que se generen en el marco de la inexecución de un contrato cuando estas resulten ser sumamente graves. Filho (2014) participa de este último criterio:

[E]l mero incumplimiento contractual, la mora o el perjuicio económico no constituyen por sí mismos un daño moral, pues no lesionan la dignidad humana. Las molestias resultantes están subyugadas a los daños materiales, a menos que los efectos del incumplimiento del contrato, por su naturaleza o gravedad, exageren la molestia que normalmente resulta de una pérdida patrimonial y también influya sobre la dignidad del acreedor, siendo entonces posible reparar el daño moral (p. 112).

La jurisprudencia se suma a esta segunda postura. En la sentencia expedida por el Superior Tribunal de Justicia a propósito del Recurso Especial N° 830-572-RJ (2006/0034654-3) se llegó a plasmar lo siguiente:

Hace más de doce años se firmó un contrato de compraventa respecto de una vivienda. No obstante, más de nueve años después de la fecha límite para la entrega, el vendedor no construyó la unidad inmobiliaria. En este contexto, resulta claro que la no ejecución causa en el adquirente una grave angustia que sobrepasa la mera insatisfacción derivada del incumplimiento ordinario de un contrato, por lo que cabe, por tal peculiaridad, brindar un resarcimiento por los daños morales. (Farias y Rosenvald, 2015a, p. 540)

De similar forma se resolvió un conflicto derivado de la no ejecución de un servicio de buffet. La 17ª Cámara Civil del Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais, al pronunciarse sobre la Apelación N° 1.0024.05.626400-5/001/2006, precisó que:

Habiendo visto la demandante frustrada su fiesta de bodas debido a la no asistencia del buffet a la hora programada para el evento, el demandado, responsable de dicho servicio, deberá resarcir los daños materiales ocasionados por el incumplimiento contractual. Además, la responsabilidad por los daños morales es pacífica en doctrina y jurisprudencia, especialmente después de la llegada del artículo 5 de la Constitución Federal. Por lo tanto, en este caso se ha configurado un supuesto de daño moral, siendo indudable el disgusto y la vergüenza experimentada por la demandante que, en el día de su boda, su fiesta se haya visto boicoteada por la falta de prestación de los servicios contratados con el demandado (Gonçalves, 2014, p. 566).

Ahora bien, en las relaciones de trabajo han sido muchos los pronunciamientos que ha dictado la judicatura brasileña en cuanto a la reparación de daños morales, esto porque se suele admitir que “el contrato de trabajo es un campo fértil para evidenciar el irrespeto a los derechos fundamentales, esto a razón de la desigualdad existente entre las partes (empleador y trabajador)” (Renault y Oliveira, 2015, p. 103).

Así, “el despido basado en una mala conducta o embriaguez durante la prestación de servicio que resulta injurioso porque la imputación formulada resulta ser falsa e inconsistente, impone al empleador la obligación de compensar el daño moral sufrido por su empleado” (TRT-8ª Reg., RO 2.331/98-Parauapebas-RO, Rei. juiz Walmir Oliveira Costa, j. 26/08/1998). En la misma tónica, “deben ser reconocidos [los daños morales] si el empleado, debido a rumores injustos, es considerado sospechoso de robo y es visto por sus colegas de cómo es llevado en un auto de policía para ‘brindar testimonio’” (TRT-2ª Reg., RO 19990931533-Guarujá-SP, Rei. juiz Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, j. 12/02/2001) (Gonçalves, 2014, p. 558). En estos casos resulta evidente que el perjuicio se ocasiona sobre el derecho al honor del trabajador, que viene a ser resarcido a través de la reglamentación por incumplimiento de obligaciones.

El daño moral por incumplimiento también ha tenido desarrollo en los supuestos de contratos de transporte. El artículo 734 del Código Civil brasileño prescribe que “el transportista responderá por los daños causados a las personas transportadas y a su equipaje, excepto por razones de fuerza mayor, siendo nula cualquier cláusula que excluya la responsabilidad”. Los alcances de estos daños no son, a pesar de lo consignado en las disposiciones de la inejecución de obligaciones, solamente a los patrimoniales, sino que alcanzan también a los morales, incluso si provienen del quebrantamiento de los denominados “deberes de seguridad”. Por ejemplo, la 7ª Cámara del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, Apelación N° 13.575/99-Capital, condenó a una empresa de transporte al pago del resarcimiento del daño moral por no haber evitado que un pasajero lleve a cabo actos obscenos en contra de su compañera de asiento:

La obligación más importante del transportista, que reside en la cláusula de indemnidad, es conducir al pasajero de una manera segura a su lugar de destino, debiendo tomar para ello todas las precauciones necesarias a fin de evitarle cualquier acontecimiento funesto.

En ese sentido, durante todo el viaje y en varias oportunidades, la demandante comunicó y requirió al conductor del vehículo de propiedad de la demandada detener la agresión que le estaba propinando el pasajero que se sentaba al costado suyo, pues, en frente de los demás, se vio acosada por la realización de actos obscenos y repugnantes, en profunda falta de respeto a su dignidad humana. Y, dado que el conductor no tomó ninguna medida para inhibir dicho comportamiento perjudicial para la reputación y el decoro de la demandante, corresponde por ello imponer el pago del resarcimiento por daño moral (Gonçalves, 2014, p. 280).

El campo de los vínculos obligatorios forjados con entidades pertenecientes al sistema bancario y financiero no ha sido ajeno a la problemática del resarcimiento del daño moral. Vale decir que los magistrados se muestran a favor de la reparación de dicho perjuicio, esto más a la luz de su legislación especial en materia de consumidores que, dicho sea de paso, se encuentra también “constitucionalizado”. La jurisprudencia que proviene del Juzgado Especial de Paraná es una clara evidencia de lo que estamos mencionando. De esto nos dan cuenta Efnig y Misugi (2014), quienes resumen las máximas establecidas por dicho órgano jurisdiccional:

- La inscripción en los organismos de restricción al crédito de una deuda que se origina con fecha posterior a la solicitud de clausura de cuenta bancaria ocasiona daños morales. Como regla, las restricciones al crédito impuestos al consumidor son

ofensas contra los derechos de la personalidad (buena reputación) que acarrearán daños morales puros.

- La persona que no celebró un contrato con la institución financiera no puede ser reputada como deudora, ni penalizada con la inscripción de su nombre en los organismos de restricción al crédito. Por lo tanto, el registro indebido configura un daño moral.
- La espera en la fila de la agencia bancaria, en tiempo excesivo, caracteriza una falta de cualidad y adecuación en la prestación del servicio, el cual desencadena la reparación de perjuicios morales.
- La cancelación del límite de los cheques especiales, sin comunicación previa al consumidor sin una debida motivación acarrea daño moral. Esto porque la empresa bancaria, omitiendo su deber de información, quiebra la confianza generada en el consumidor.
- La inscripción de deudas derivadas del uso de tarjeta de crédito no solicitado por el consumidor constituye una práctica abusiva vedada por el artículo 39 inciso III del Código del Consumidor⁵⁷ y que implica la reparación de daños, tanto materiales como morales (pp. 169-170).

Al respecto, nos parece que en algunos de estos casos la condena al pago de un resarcimiento por concepto de daño moral se ha visto desproporcionado, dado que, en algunas circunstancias, las molestias no parecen ser tan reprochables (supuesto de la espera en la fila: ¿qué debe entenderse por tiempo excesivo?, ¿el tiempo excesivo causa menoscabo en el ánimo o en algún derecho de la personalidad?).

Por otro lado, en las demás hipótesis (inscripción inmotivada de un usuario en los órganos que limitan el acceso a créditos bancarios) parece que la merma recae en el derecho al honor y la buena reputación, por lo que la reparación de estos perjuicios no estaría mal. Esto ha sido incluso advertido por la propia academia brasileña, pues no hace mucho que la magistratura tiende a ya no dar cabida a algunos reclamos resarcitorios por tener la creencia de que los consumidores emplean este mecanismo de tutela con el único objetivo de enriquecerse a expensas de sus proveedores (concretamente, los bancos). Por eso se ha dicho que la sociedad no puede admitir que, por algunos casos extravagantes (meras molestias de la vida cotidiana), se termine admitiendo la banalización de reclamos justos en el campo del daño moral derivado de las violaciones mayúsculas de las reglas de consumo (Efung y Misugi, 2014, p. 174).

Por último, los daños morales causados a propósito de una intervención quirúrgica también han sido resarcidos a través de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones. Por ejemplo, se señaló en un fallo que “contratada la realización de una cirugía estética, el médico asume una obligación de resultado, por lo que se encuentra en el deber de reparar los daños ocasionados por el incumplimiento de su prestación, tanto materiales como morales, que se manifestasen en una deformidad estética, a menos que se prueba el caso fortuito o fuerza mayor” (STJ, Resp. 10.536-RJ, 3ª T., Rei. Min. Dias Trindade, j. 21/06/1991) (Gonçalves, 2014, p. 356). También se ha resarcido el perjuicio inmaterial en casos de “infección hospitalaria”⁵⁸:

⁵⁷ **Artículo 39 inciso III del Código de Defensa y Protección al Consumidor de Brasil.**- Se le prohíbe al proveedor de productos o servicios, entre otras prácticas abusivas: Enviar o entregar al consumidor, sin solicitud previa, cualquier producto o suministrar cualquier servicio.

⁵⁸ “La expresión ‘infección hospitalaria’ se usa de manera genérica y convencional para referirse a las infecciones adquiridas por un paciente después de su ingreso al hospital y que se manifiestan durante la hospitalización o después del alta médica si logran relacionarse con dicha hospitalización. Por ello implica necesariamente que el microorganismo responsable de la infección sea de origen hospitalario” (Pereira y Moriya citados por Silva y Neto, 2015, p. 87).

La infección que la parte demandante sufrió en las instalaciones del hospital fue acreditada debidamente, más aún porque tuvo lugar justo después de la cirugía a la rodilla, por lo que se le debe imputar el incumplimiento de sus obligaciones a la parte demandada, lo que desencadena el deber de resarcir.

En el campo del daño moral, el dolor y el sufrimiento del demandante son inmensurables frente a los trastornos causados por esta situación (la infección), siendo este perjuicio *in re ipsa*, es decir, que se presume de acuerdo con las reglas más básicas de la experiencia común. (...).

En lo que concierne a la fijación de los daños morales, corresponde al juez, teniendo en cuenta sobre todo las condiciones del agresor, la naturaleza del bien jurídico lesionado y los principios de proporcionalidad y razonabilidad, establecer el monto adecuado para recomponer los perjuicios independientemente del enriquecimiento de la víctima. Con base en el análisis de tales criterios, junto con otras particularidades del caso en concreto, así como los parámetros utilizados por esta Cámara en situaciones similares, se fija la suma de quince mil reales, más intereses y corrección monetaria bajo los términos de la condena (Apelação Cível N° 70046722195 da 10ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz) (Silva y Neto, 2015, pp. 93-94)

Este fallo grafica el resarcimiento de perjuicios morales en el campo de la responsabilidad contractual; sin embargo, dejamos dicho que no compartimos dos de las afirmaciones formuladas: i) en estos casos no es necesario advertir la existencia de una aminoración en el estado de ánimo del paciente para que proceda el daño moral, pues basta con advertir que la infección de por sí lesiona la salud (integridad física) del paciente, y, ii) la función compensatoria no se puede pregonar sobre los daños inmateriales, pues estos carecen de valoración económica, por lo que su función sería punitiva y/o aflictivo consolatoria.

Estos serían, entonces, algunos de los escenarios en los que el daño moral es discutido a través de los cánones del incumplimiento de obligaciones.

2.2.2.3. Derecho chileno

El Código Civil chileno, también conocido como Código de Andrés Bello, es uno de cariz decimonónico, pues su promulgación se dio en diciembre de 1855, y entró en vigor en enero de 1857.

Dentro de su articulado se regula el resarcimiento por la inejecución (o ejecución parcial, tardía o defectuosa) imputable de la prestación por parte del deudor como un efecto de la obligación. El artículo que establece los daños susceptibles de reparación en este régimen es el 1556: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”. Con este dato positivo no cabían dudas de que, en el ordenamiento chileno, la lesión al derecho de crédito sólo propiciaba resarcimiento a los daños materiales, dejando de lado, por consiguiente, los daños morales o inmateriales.

La jurisprudencia y doctrina chilena, en un primer momento, a partir de la directriz diseñada por su Código Civil, se mostraban reacios al concebir la idea de una reparación por el menoscabo a intereses no pecuniarios bajo las reglas de la inejecución obligacional, esencialmente por la misma razón que se exponía en la experiencia comparada: la patrimonialidad de las obligaciones, por lo que se dejaba de lado toda cuestión no estimable en términos económicos (Domínguez Hidalgo, 1998, p. 46 y ss.).

Sin embargo, la doctrina, en un segundo momento, buscó formas por las cuales dar pie a la admisión de la reparación de perjuicios morales en el marco de una relación obligatoria, por ejemplo, se señalaba que si bien el artículo 1556 del Código Civil enumeraba los daños materiales, para nada restringía o prohibía la reparación de los daños morales, por lo que su contenido resultaba ser meramente descriptivo o, si se quiere, no representaba un lista de perjuicios *numerus clausus* (Tomasello Hart, 1969, p. 154). Así lo exponía Fueyo Laneri (1958):

Nuestra legislación positiva no distingue entre los daños morales y daños patrimoniales, luego no nos corresponde como intérpretes distinguir, rechazando unos y aceptando otros. (...).

Tampoco puede pensarse que, en materia contractual, la división de los daños reparables en “daño emergente” y “lucro cesante” pueda excluir la posibilidad de reparación amplia, puesta esta división atiende a un ángulo de actualidad o futuridad del perjuicio en cuanto a su ocurrencia. (...).

Finalmente, a mayor abundamiento, ilógico y antijurídico sería que la tutela del Derecho recayera sobre cierto tipo de derechos subjetivos, a propósito de ciertos daños, y excluyera arbitrariamente otros, igualmente dignos de protección, aunque su medición sea más difícil y se logre sólo por aproximación, factor secundario ajeno a la esencia (pp. 118-119).

A estas primeras intenciones doctrinarias se le sumó la jurisprudencia, pero ello ocurrió recién con un fallo de la Corte Suprema dictada el 20 de octubre de 1994 (Rol 18.647), el cual ponía fin a un conflicto surgido entre la señora María Rafart Mouthon y el Banco de Chile, en la que la primera demandó resarcimiento de daño moral a la segunda porque, en el marco de un contrato de cuenta corriente, esta, omitiendo su deber de diligencia, no constató que los cheques aparentemente girados por aquella contenían en realidad firmas falsas (la disconformidad de la rúbrica era notoria), lo que hizo que el pasivo de su patrimonio se vea incrementado exponencialmente y, además, que ninguna entidad financiera quiera otorgarle préstamos por mantener un “historial crediticio negativo”.

Tanto en primera como en segunda instancia se declaró fundada la demanda, la Corte Suprema, por su parte, rechazó el recurso interpuesto por el Banco de Chile, por lo que se confirmó el amparo de la pretensión resarcitoria. De forma sucinta, en el pronunciamiento se determinó que el artículo 1556 del Código Civil no excluía la reparación del daño moral⁵⁹; que la ley, lejos de prohibir el resarcimiento de los perjuicios morales, ampliaba sus márgenes en otros dispositivos legales⁶⁰; y que no se justificaba negar su reparación, pues los bienes extrapatrimoniales suelen tener mayor relevancia que los bienes patrimoniales⁶¹ (Jana L. y Tapia R., 2004, p. 178).

A dicho fallo se le formularon varios comentarios, la mayoría de ellos a favor, pues los autores reconocían que con dicha decisión la magistratura chilena se sumaba a la corriente dominante en los demás ordenamientos jurídicos, tanto europeos como sudamericanos, en lo que al “daño moral contractual” se refería. Empero, seguidamente se puntualizaba que el otorgamiento del resarcimiento por tales perjuicios debía ser restrictivo, es decir, procedente

⁵⁹ “Al decir el art. 1556 que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye de modo forzoso la reparación del daño meramente moral, como quiera que no se ha dicho allí que la indemnización sólo comprenda o abarque los señalados rubros, caso en que quedaría marginada cualquier otra consecuencia lesiva, derivada de un incumplimiento o del cumplimiento imperfecto de deberes emanados de un contrato” (fundamento 6).

⁶⁰ “(...) menos aún puede sostenerse que la ley haya prohibido la indemnización del daño moral fuera del ámbito de los delitos y de los cuasidelitos, por el contrario, los arts. 544, 539 y 1544 del mismo Código abren la puerta a esa clase de daños no patrimoniales, el uno en las relaciones de familia y el otro en área de las convenciones” (fundamento 7).

⁶¹ “Que los bienes extrapatrimoniales de una persona como el honor y la fama tienen un valor que de ordinario sobrepasa el de los bienes materiales, con mayor razón si se trata de la salud o la integridad física o psíquica, de modo que si con respecto a los perjuicios o daños causados por un delito o cuasidelito civil, la jurisprudencia ha dado cabida desde hace tiempo a la indemnización del daño exclusivamente moral, no se divisa el motivo que justifique que se la niegue a la lesión a esos intereses extrapatrimoniales procede de la defección culpable o maliciosa de uno de los contratantes” (fundamento 8).

sólo en aquellos supuestos en los que un derecho inmaterial se encontrase inmerso dentro del radio de acción de la prestación a ejecutar por el deudor. Por ello, Domínguez Águila y Domínguez Benavente (1994) precisaban que “la reparación del daño moral en los contratos depende de que se trate de una situación en que efectivamente el daño no económico pueda entenderse contemplado en el contenido contractual” (p. 160).

Luego, la Corte Suprema confirmó tal postura con la sentencia del 5 de noviembre de 2001 (Rol 1368-2000). Los hechos que motivaron el inicio del proceso se pueden resumir de la siguiente manera: el señor Hugo Ruiz Ruiz acudió el 8 de junio de 1989 al Laboratorio Biológico S.A. con el objetivo de que se le practique un examen de SIDA. El referido laboratorio, luego de la evaluación, informa al señor Ruiz que su sangre contenía el VIH. Este dato, con fecha 26 de junio de 1989, llegó a ser ratificado por el Instituto de Salud Pública. A partir de dicho momento el señor Ruiz entró en una grave depresión, lo que lo llevó incluso a intentar suicidarse. Pasado algún tiempo y verificando que su organismo no mostraba ninguna disminución a consecuencia del SIDA, el señor Ruiz decide realizarse un nuevo examen, ocurriendo esto el día 7 de marzo de 1992, pero ahora con el Centro Médico Carlos Casanueva. Este laboratorio certificó, después de efectuar las observaciones pertinentes, que el señor Ruiz no padecía SIDA, lo que se convalidó posteriormente con el informe del Instituto de Salud Pública (Jana L. y Tapia R., 2004, p. 172).

La Corte Suprema desestimó el recurso del Laboratorio Biológico S.A., por lo que no se modificó el fallo de segunda instancia que confirmaba el pronunciamiento del juez de civil, en el sentido de declarar fundada la demanda (se ordenó el pago de sesenta millones de pesos). En la sentencia de la Corte Suprema se replican los fundamentos expuestos en la decisión de 1994, agregándose dos aspectos adicionales: i) el deber de respetar los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política (artículo 19 incisos 1 y 4), incluso en la ejecución de un contrato; y, ii) aceptar que la idea del resarcimiento del daño moral en el campo del incumplimiento contractual es una forma de alinear a la disciplina jurídica con lo que viene ocurriendo en el plano de la realidad: obligaciones en los que se desenvuelven derechos sin ningún tipo de contenido patrimonial.

Ahora bien, lo interesante y aspecto a rescatar de esta sentencia fueron las pautas seguidas para enmarcar el caso dentro de las disposiciones de la inexecución de obligaciones. Los argumentos fueron esencialmente tres:

- El laboratorio se comprometió a tomarle al señor Ruiz una muestra de sangre, analizarla y comunicarle su resultado en orden a la presencia del VIH, con lo cual se verificaba la presencia de un contrato.
- El laboratorio comunicó equivocadamente al señor Ruiz que su sangre estaba contaminada con el VIH, lo que suponía una ejecución defectuosa de la obligación comprometida.
- El error se debió a la negligencia del laboratorio en la toma y etiquetación de la muestra, por lo que no mediaba alguna causa de exoneración de responsabilidad. (Jana L. y Tapia R., 2004, p. 199).

Por lo tanto, los daños morales serán resarcidos en el campo de la responsabilidad contractual siempre que se lleguen a cumplir todos sus elementos configurantes, tales como la existencia de una relación obligatoria y la no satisfacción del interés de acreedor por el inadecuado desenvolvimiento de la prestación a cargo del deudor.

La doctrina chilena ahora es prácticamente unánime en la aceptación de la reparación del daño moral en el quebrantamiento de las obligaciones surgidas de un contrato, pero insistiendo siempre que ello acaecerá sólo de forma excepcional. Domínguez Hidalgo (2006) al respecto sostiene que:

[A] diferencia de lo que acontece con el daño moral en sede extracontractual, donde las hipótesis posibles son amplias, en el ámbito contractual, este perjuicio es, más bien, excepcional. En otros términos, lo normal es que la infracción del contrato no genere un daño extrapatrimonial desde que, por regla general, se encuentran en juego en él intereses exclusivamente económicos. (...).

[A]nte todo incumplimiento contractual cabe invocar perturbaciones y molestias. Sin embargo, no debe ser confundido con el daño moral derivado de contrato, pues de ser así habría que concluir, lisa y llanamente, que todo incumplimiento contractual lo genera, lo cual, indiscutiblemente, es un exceso. (...).

Por otra parte, si existe un perjuicio efectivo, debe haberse producido, precisamente, en el acreedor por encontrarse ligado al deudor por el contrato. (...).

Asimismo, el perjuicio en estudio derivado de contrato [se produce] cuando la obligación prometida por el deudor compromete bienes de la personalidad del acreedor (p. 236 y ss.).

Esta autora, además de los elementos transcritos *supra*, es muy insistente en el tema de la “previsibilidad”. En efecto, opina que “el perjuicio [moral] debe entenderse dentro de la previsión de las partes y, por lo tanto, dentro de los riesgos asumidos por el deudor, cuando el contrato revela por sí mismo su conexión evidente con los bienes de la personalidad o, en general, con intereses no patrimoniales del acreedor” (Domínguez Hidalgo, 2006, p. 240). De idéntico parecer es De la Maza Gazmuri (2018):

[F]rente a la cuestión de la limitación del daño moral, la doctrina ha respondido desde el contrato, señalando que la pregunta que debe formularse es si el deudor ha asumido o no el riesgo de un daño moral derivado del incumplimiento de sus obligaciones. Si lo ha hecho, entonces debe indemnizarlo, en caso contrario, aun cuando el incumplimiento pueda haber lesionado un interés extrapatrimonial, no debe indemnizarlo (p. 296).

Más adelante agrega que la única forma de reparar los perjuicios inmateriales sin que estos hayan sido “previsto” o integrados al “ámbito de resguardo del contrato” será cuando la lesión al crédito del acreedor tenga como antecedente el actuar doloso del deudor:

[U]na línea argumental más persuasiva para justificar la indemnización del daño moral consiste en afirmar que existiendo un incumplimiento doloso deben indemnizarse todos los perjuicios, aún si no se encuentran comprendidos dentro del ámbito de resguardo del contrato pues, al comportarse dolosamente, el deudor no se encuentra protegido por el contrato (De la Maza Gazmuri, 2018, p. 302).

Estas vendrían a ser las principales directrices para el resarcimiento del daño moral a causa de la inejecución o ejecución defectuosa de las obligaciones en el ordenamiento jurídico chileno.

2.2.2.4. Derecho colombiano

El Código Civil colombiano se vio influenciado en sobremanera por el Código Civil chileno, por lo que el discurso sobre la compensación de perjuicios inmateriales en el campo de la inejecución de obligaciones es prácticamente el mismo.

En el artículo 1613 se dispone que “la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”. Por su parte, el artículo 1614 prescribe: “entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de

reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

Las disposiciones legales citadas *supra* no daban pie al resarcimiento de los daños morales cuando el deudor fallaba en su deber de prestación. Esta idea se veía reflejada en varias decisiones provenientes de la magistratura colombiana, pues, además de tener innegablemente a su favor la referencia normativa, seguían muy de cerca los postulados de la doctrina francesa del siglo XIX (Laurent, Braudy-Lacantinérie) que vetaban la reparación del “daño moral contractual”. En la obra de Tamayo Jaramillo (2013) se pueden leer breves extractos de sentencias que datan de los años 1940 hasta 1960 en los que la tendencia negadora era prevaleciente:

- Cuando tratándose de responsabilidad por culpa contractual según los autores y la jurisprudencia, no hay lugar a la reparación de daños morales como los que de aquí se trata (Fallo de la Corte del 20 de febrero de 1944).
- [L]a Corte, siguiendo la doctrina de los tratadistas, tiene sentada jurisprudencia de que el incumplimiento o cumplimiento retardado de una obligación contractual, no da lugar a exigir una indemnización por perjuicios morales (Fallo de la Corte del 29 de octubre de 1945).
- [T]ampoco será motivo para infirmar la sentencia, la glosa hecha a ella en la demanda de casación y consistente en no haberse condenado al arquitecto al pago de 2,000,000 de pesos, en que fueron estimados los perjuicios morales por las contra demandadas. No procedía en este caso tal declaración, no porque no se hubiese establecido la existencia y el importe de tales perjuicios, como lo dijo el juez sexto civil del circuito de Medellín, sino porque cuando se trata del incumplimiento o cumplimiento tardío de una obligación de carácter contractual, no cabe un reclamo por razón de perjuicios morales (Fallo de la Corte del 28 de agosto de 1959) (pp. 496-497).

Como se observa, la Corte Suprema colombiana no atinaba a brindar resarcimientos por daños morales cuando su causa se ubicaba en el incumplimiento de una obligación, siendo su fundamento principal el hecho que, como los franceses, el contrato era un vehículo de transmisión de riqueza, por lo que las atribuciones no patrimoniales quedaban siempre de lado.

Esta idea progresivamente fue abandonándose por el hecho de entender que dentro de las obligaciones surgidas de un contrato podrían quedar involucrados derechos de la personalidad, por lo que su reparación ante posibles daños tenía que darse por el conducto de las reglas del incumplimiento. Hinestrosa (2019) comparte esta noción:

[P]ara que pueda hablarse de daño a bien de la personalidad, con sus diversas consecuencias en materia de incumplimiento de obligación, es menester que la prestación debida implique un cuidado, una custodia de bien de la personalidad del acreedor o, lo que es igual, que la lesión personal constituya de por sí un incumplimiento de la obligación respectiva por parte del deudor (p. 16).

Los ejemplos que pone el autor para validar su afirmación se basan en el contrato de transporte de personas y en el contrato de mandato, señalando que en el primero se debe mantener incólume la integridad física del pasajero, mientras que en el segundo no se puede atentar contra el honor del mandatario. Así, cualquier perjuicio que se pudiese generar a dichos derechos en el desenvolvimiento de la prestación, el resarcimiento se sujetaría al régimen contractual.

Las exposiciones a favor de la utilización del estatuto del incumplimiento obligacional para la reparación de los perjuicios morales tuvo un fuerte apoyo en el artículo 1006 del Código de Comercio colombiano, el cual prescribe: “Los herederos del pasajero fallecido a

consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente. En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral”.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia colombiana entendían que tales daños no materiales, para su resarcimiento, tenían que transitar el cauce de la responsabilidad contractual. Por otro lado, si bien esa reparación se refería únicamente al contrato de transporte de pasajeros, poco a poco la referencia fue expandiéndose a distintos tipos contractuales, siempre que un derecho de la personalidad estuviese comprometido. Ejemplo de ello son las decisiones de la magistratura en conflictos que surgen de una mala praxis médica, como el que dictó la Corte el 12 de julio de 1994: “Si bien en el ámbito contractual no es tan común la concurrencia de daños no patrimoniales, sí es posible que, tratándose de contratos que en su esencia y ejecución se refieran a la salud de la persona humana, su incumplimiento sea causa concurrente tanto de daños materiales como de daños morales del paciente” (Jaramillo Sierra y Robles Bacca, 2014, p. 523).

Se ha dicho también que la Corte Suprema estaría abierta en brindar resarcimientos por daño moral en casos en los que derechos de la personalidad no se enmarcan dentro del desarrollo de la prestación debida y que, ulteriormente, viene mal ejecutada. Así, en la sentencia del 25 de mayo de 2005 que buscaba resolver un caso en la que se había demandado la reparación de los perjuicios morales derivados de la pérdida de ciertas joyas dadas en garantía dentro el marco de un contrato de prenda, los jueces rechazaron el resarcimiento, pero no porque estos no sean susceptibles de generarse, sino más bien porque no se acreditó el valor -no económico- que tales joyas representaban para la parte demandante. A decir de Jaramillo Sierra y Robles Bacca (2014), bajo una interpretación a *contrario sensu* del fallo, se tendría que concluir que “de haberse probado adecuadamente esta circunstancia se habría procedido al reconocimiento de la indemnización correspondiente al perjuicio extrapatrimonial sufrido” (p. 524).

Por consiguiente, si se verifican los requisitos de la responsabilidad por incumplimiento al amparo de Código Civil colombiano o leyes especiales, los daños morales sufridos por el acreedor podrían ser resarcidos sin mayores inconvenientes.

2.3. Cuerpos de armonización

Algunas propuestas de armonización del derecho de los contratos a nivel europeo sí contemplan la viabilidad del resarcimiento de los daños inmateriales que tengan por razón el incumplimiento de las prestaciones asumidas por el deudor. En los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, en el artículo 9:501, que se refiere al “derecho a la indemnización de daños y perjuicios”, se prescribe lo siguiente:

- 1) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, siempre que este incumplimiento no quede cubierto por la excepción del artículo 8:108.
- 2) Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen:
 - a) **Pérdidas no pecuniarias**
 - b) Futuras pérdidas previsibles y probables (el resaltado es nuestro).

Por su parte, el Marco Común de Referencia recoge en su artículo III.-3:701 el denominado “derecho a indemnización de daños”, el cual establece:

- 1) El acreedor tiene derecho a una indemnización por los daños derivados del incumplimiento de una obligación por parte del deudor, salvo que el incumplimiento esté justificado.
- 2) El daño indemnizable incluye el daño futuro que, razonablemente, es probable que ocurra.
- 3) **El término “daño” comprende tanto el patrimonial como el no patrimonial.** El término “daño patrimonial” comprende la pérdida de ingresos o de ganancias, los gastos en que se incurra y la reducción en el valor de un bien. **El término “daño no patrimonial” comprende el dolor, el sufrimiento y el deterioro en la calidad de vida** (el resaltado es nuestro).

Cuando se comenta esta disposición, la doctrina anota que “en esas definiciones, las enumeraciones que allí se hacen no son exhaustivas. En consecuencia, si los tipos fundamentales de daños son enunciados con carácter meramente indicativo, es porque la responsabilidad contractual se extiende a cualquier daño o perjuicio, sea del tipo e importancia que sea” (Eidenmüller, Faust, Grigoleit, Jansen, Wagner y Zimmermann, 2009, p. 1489).

Ahora, los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, reconoce la reparación de los perjuicios morales por el incumplimiento del contrato en su artículo 7.4.2 que tiene por sumilla “reparación integral”:

- 1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.
- 2) **Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.** (el resaltado es nuestro)

Al emplearse el término “por ejemplo” dentro del texto del dispositivo legal, pareciese que, al igual que el Marco Común de Referencia, los dos daños arriba enunciados (sufrimiento físico y angustia emocional) no son más que gráficos, por lo que se podría admitir la presencia de otros tipos de lesiones de carente contenido económico por el incumplimiento del contrato.

A nivel comunitario se ha logrado admitir el resarcimiento de los daños morales en los casos de viajes combinados. Así, en el caso *Simone Leitner vs. TUI Deutschland GMB y Co KG* se brindó una suma de dinero por concepto de perjuicio inmaterial al haberse estimado que el artículo 5 de la Directiva 90/314 (Directiva del Consejo relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados) “confiere al consumidor un derecho a la reparación del perjuicio moral derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones que constituyen un viaje combinado” (Palazón Garrido, 2014, p. 207)

Por último, en los denominados Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos también se halla un artículo que recoge la reparación del daño moral por incumplimiento. En el artículo 105, que tiene por rótulo “perjuicios indemnizables”, se consigna de forma lacónica que “los perjuicios comprenden el daño patrimonial y extrapatrimonial”.

2.4. Sistemas jurídicos del *common law*

Corresponde ahora brindar un breve panorama de la situación en los sistemas del *common law*, concretamente el desarrollo jurisprudencial, dado su modelo jurídico, de Inglaterra y Estados Unidos.

2.4.1. Derecho inglés

En el Derecho inglés, la generalidad es que los daños que carecen de contenido patrimonial no sean susceptibles de resarcirse por el incumplimiento de un contrato. Expresa Rowan (2012):

Por regla general, en una acción fundada en el incumplimiento del contrato, el único tipo de pérdida (...) que es objeto de compensación es una de naturaleza económica. Los daños no pecuniarios, como la frustración, la angustia mental, los sentimientos, la molestia causada por la violación y la pérdida de reputación, no dan derecho a resarcimiento (p. 122).

Lo anterior se dejó sentado en el fallo recaído en el caso *Addis vs. Gramophone Co Ltd*, que data del año 1909. En este conflicto, un trabajador reclamaba la reparación de los perjuicios no económicos que se produjeron a causa del despido injustificado (sin previo aviso) del cual había sido víctima. El tribunal señaló que sí correspondía compensar al demandante, pero únicamente por los daños patrimoniales, y no así por los daños no patrimoniales. Así, Lord Loreburn, Lord Canciller, sostuvo de forma enfática que:

“[S]i hay un despido sin preaviso, el empresario debe pagar una indemnización (*if there be a dismissal without notice the employer must pay an indemnity*)”, pero teniendo en cuenta que dicha indemnización [queda] reconducida al período de preaviso omitido, pues “no puede incluir compensación ni por los sentimientos dañados del *servant*, ni por la pérdida que pueda afrontar por el hecho de que el haber sido despedido haga por sí mismo más difícil para él obtener un nuevo empleo (*cannot include compensation either for the injured feelings of the servant, or for the loss he may sustain from the fact that his having been dismissed of itself makes it more difficult for him to obtain fresh employment*)” (Martínez Girón, 2015, pp. 342-343).

Siguiendo en este punto a Palazón Garrido (2014), vendrían a ser específicamente tres las razones por las cuales en el ordenamiento inglés no se tolera la idea de que la ausencia del cumplimiento contractual justifique la reparación de daños no patrimoniales (p. 204):

- El contrato es una herramienta a través del cual se gestan relaciones de estricto corte comercial y económico, por lo que todo aquello que no contenga un carácter pecuniario queda al margen de su regulación, lo que desde luego incluyen las reglas sobre resarcimiento por incumplimiento. Este criterio se expuso en el fallo *Johnson vs. Gore Wood & Co* (2001): “[C]ontract-breaking is an ‘incident of commercial life which players in the game are expected to meet with mental fortitude’ [(El incumplimiento contractual es un incidente de la vida comercial que las partes deben enfrentar con fortaleza mental)]” (Solé Feliu, 2009, p. 30).
- Los daños morales tienen una íntima vinculación con los *punitive damages*, los cuales son rechazados abiertamente por la judicatura inglesa. Esta postura se puede ubicar en la ya referida sentencia de *Addis vs. Gramophone Co Ltd* (1909): “[D]amages for breach of contract [are] in the nature of compensation, not punishment [(Los daños por incumplimiento de contrato son de naturaleza compensatoria, no punitiva)]” (Marín García, 2017, p. 194).
- Es complejo determinar y probar los perjuicios inmateriales, más aún cuando estos resultan ser mayormente no previsibles.

También se ha indicado que la angustia y las molestias (como *non-pecuniary loss*) rara vez se contemplan por las partes contratantes y, por lo tanto, son demasiado remotas para ser resarcibles cuando se presenta el incumplimiento de un contrato (Rowan, 2012, p. 123).

A pesar de lo anterior, sí existen pronunciamientos en los que se ha acogido la reparación de daños morales por la no ejecución del contrato. El motivo para el amparo de este tipo de pretensiones se reduce a que el contrato tenga por objeto, así sea de manera indirecta, el

traslado de placer o relajación a la parte acreedora o, lo que es lo mismo, que el incumplimiento del contrato aparezca fastidios e incomodidades para el beneficiario.

Un primer ejemplo de este supuesto es el caso *Farley vs. Skinner* (2002), en el que se concertó un contrato de compraventa sobre una vivienda ubicada en una zona cercana a un aeropuerto. Aquí, “el comprador acordó con el vendedor, entre otras cosas, que se le proporcionara un informe acerca del impacto ambiental del ruido de los aviones. Confiando en dicho informe, el comprador concluyó el contrato de compraventa de la casa para después descubrir que el ruido era considerablemente molesto” (Palazón Garrido, 2014, p. 205). Esta situación fue la que gatilló el otorgamiento de un resarcimiento por daño moral. Sobre la decisión recaída se ha explicado lo siguiente:

La *House of Lords* confirmó la concesión en primera instancia de 10,000.00 libras esterlinas por la angustia y los inconvenientes resultantes de la falta de uso y disfrute de la casa. Bastaba para ello que un objeto importante del contrato fuera el “placer, la relajación y la tranquilidad”, aunque la *House of Lords* hizo hincapié en que, si no se presentaba una solicitud expresa con relación al ruido de los aviones, el resultado habría sido diferente. Un contrato ordinario de agrimensura no habría sido apto para esta categoría (Rowan, 2012, p. 124).

Otro conflicto judicial que grafica lo que venimos diciendo se halla en el caso *Watts vs. Morrow* (1991) que, al igual que el anterior, también versa sobre una compraventa de vivienda, pero esta vez sobre un inmueble rústico sobre el cual se buscaba ejercer posesión de manera inmediata, por lo que resultaba de suma relevancia el hecho de que el predio no necesite ningún tipo de reparación de gran magnitud. Para tener certeza de ello, los compradores ordenaron la realización de un informe sobre el estado del inmueble y sus construcciones, siendo la conclusión de la pericia practicada que la vivienda, a pesar de presentar algunas fallas minúsculas, se encontraba en óptimas condiciones, por lo que podía ser habitada sin ningún inconveniente. Poco tiempo después de haber llevado adelante la celebración del contrato, los compradores logran constatar que el inmueble sí padecía de defectos estructurales y que no habían sido colocados en el informe pericial, llevando por ello obras de restauración. Todo este contexto ocasionó que los adquirentes vivieran en un predio en el que se estaban llevando múltiples reparaciones, lo que propiciaba un sin número de molestias, como por ejemplo no poder usar el baño y otro tipo de habitaciones durante prolongados meses. Todo esto condujo al inicio de un proceso en el que se dictó una sentencia (Corte de Apelación) favorable para los compradores, pues se le reconoció sendos montos resarcitorios, siendo uno de ellos el de *damages for distress and inconvenience* (“daños por angustia e inconveniencia”). Así:

[En] esta sentencia se aclara que un incumplimiento de contrato no implica generalmente ningún tipo de angustia, frustración, ansiedad, disgusto, enojo, tensión o agravamiento al afectado, no estando fundada esta regla en el supuesto de que estas reacciones no sean previsibles. Pero esta norma no es absoluta. Cuando el objeto de un contrato es proporcionar placer, relajación, paz mental o ausencia de molestias, los daños pueden ser reconocidos si el resultado obtenido es contrario al esperado (Serrano Ruiz, 2016, p. 44).

Una circunstancia similar se ubica en el conflicto *Ruxley Electronics and Construction Ltd vs. Forsyth*, en el que Lord Lloyd estimó la posibilidad de conceder un resarcimiento por la “pérdida de placer” del demandante (acreedor) a causa del fracaso por parte del demandado (deudor) en la construcción de una piscina, ya que este no la hizo con la medida de profundidad requerida (Rowan, 2012, p. 123).

La doctrina de este ordenamiento jurídico advierte que, a pesar de que se ha ido aceptando poco a poco la reparación de daños no económicos por la falta al convenio contractual, lo concreto es que las sumas que se pagan por dicha situación no llegan a ser cuantiosas, pues lo que se busca es justamente desalentar este tipo de reclamos:

[E]xiste el temor de una cultura litigiosa: si cualquier forma de molestia o decepción fuera una razón suficiente para incoar una demanda por daños, los tribunales estarían inundados de procesos. Esto explica por qué los perjuicios morales sólo se permiten en un número limitado de supuestos y, además, que los montos de los resarcimientos no sean muy elevados. (Smits, 2014, p. 224)

Entonces, en el Reino Unido la regla general parece ser la no resarcibilidad de los daños morales por la mala ejecución o inejecución del contrato, empero, en algunas situaciones particulares sí procedería el pago de una suma de dinero por la gesta de perjuicios no económicos en los acreedores, específicamente cuando el error en la prestación les ocasiona altos grados de desasosiego, molestia o incomodidad en el desenvolvimiento de sus actividades directamente vinculadas con el contenido del contrato.

2.4.2. Derecho estadounidense

En el Derecho estadounidense⁶² la historia prácticamente se repite y con los mismos argumentos: no es admisible la reparación del daño moral por el quebrantamiento del deber de prestación surgido del contrato, salvo escasas y limitadas excepciones.

Se niega el resarcimiento de los perjuicios no patrimoniales porque estos suelen ser imprevisibles en el marco de la suscripción de un contrato. Por ello, la Corte de Apelación de California, en el caso *Allen vs. Jones*, señaló que:

[L]os daños por incumplimiento del contrato se encuentran normalmente limitados a los que naturalmente derivan del incumplimiento o que podrían haber sido previstos de forma razonable por las partes en el momento de la celebración del contrato como una posible consecuencia del incumplimiento, implicando la gran mayoría de los contratos transacciones comerciales en las que generalmente no resulta previsible que el incumplimiento pueda causar una angustia mental significativa que permita diferenciarla de una mera agitación o molestia. Por ello, se ha adoptado como regla que los daños por sufrimiento mental o daños a la reputación no son indemnizables mediante una acción por incumplimiento de contrato (Serrano Ruiz, 2016, p. 48).

Esto también es resaltado por la doctrina de dicho país. Así, Calamari y Perillo (citados por Solé Feliu, 2009) anotaban que:

En el derecho norteamericano, el requisito de la previsibilidad del daño como presupuesto para su indemnización viene establecido en el artículo 351 *Restatement (Second) of Contracts* (1981), según el cual: “[L]os daños no son indemnizables cuando la parte incumplidora no podía preverlo como resultado probable del incumplimiento en el momento de perfección del contrato”. El origen de la regla se encuentra en la conocida sentencia inglesa *Hadley vs. Baxendale* (156 Eng. Rep. 145 [1854]), según la cual el deudor puede reclamar la indemnización de aquellos daños “que pueda considerarse justa y razonablemente que surgen de forma natural, es decir, de acuerdo con el curso normal de las cosas, del mismo tipo de incumplimiento”, y que “pueda suponerse razonablemente que fueron tenidos en cuenta por ambas partes, en el momento de perfección del contrato, como resultado probable de su incumplimiento”, lo que significa que fuesen previsibles para los contratantes en ese momento (pp. 7-8).

Sin embargo, cabe la posibilidad de que los daños morales sean resarcidos ante el incumplimiento contractual. El mismo *Restatement (Second) of Contracts* es el que ha reconocido

⁶² Recuérdese que en los Estados Unidos “la indemnización por daños es la forma común del remedio por el incumplimiento del contrato y que prácticamente cualquier incumplimiento otorga a la parte lesionada una reclamación por daños y perjuicios, incluso si la infracción no causó pérdida o si el monto de la pérdida no está probado con suficiente certeza, en cuyo caso la parte perjudicada podrá recuperar una pequeña suma” (Serrano Ruiz, 2016, p. 47)

estas situaciones de presentación esporádica. Como nos informa Solé Feliu (2009): “el artículo 353 *Restatement* admite la indemnización de las frustraciones y molestias emocionales causadas por el incumplimiento contractual cuando ‘el incumplimiento también haya causado daños corporales o el incumplimiento sea de tal naturaleza que tenga, como resultado particularmente probable, molestias emocionales graves’” (p. 8). Dentro del primer grupo (daños corporales), las hipótesis paradigmáticas son las que provienen de la mala praxis médica en operaciones estéticas. Dentro del segundo grupo (molestias emocionales) se tiene, por ejemplo, el supuesto de un mal servicio funerario:

[E]l comentario A del artículo 353 *Restatement* expone el caso del contrato entre una empresa funeraria y una viuda, que incluía suministrar un féretro y un nicho adecuados para enterrar al esposo fallecido de la contratante. Poco después del entierro, la viuda se dio cuenta de que, a causa de un cierre defectuoso, había entrado agua en el nicho, haciendo necesaria una segunda inhumación del cadáver. (Solé Feliu, 2009, p. 8)

El daño moral comprendería el desagrado de la viuda de llevar a cabo, una vez más, el entierro de su esposo fallecido.

Al margen de los casos previstos taxativamente en el *Restatement*, la jurisprudencia estadounidense, en algunas ocasiones, brinda montos por perjuicios no económicos por la inejecución o mala ejecución del contrato, pero empleando las reglas de los *torts* cuando estos logran configurarse, como en “el caso *Lickteig vs. Alderson, Ondov, Leonard, Supreme Court of Minnesota*, donde se concluye que la estimación del daño moral en las acciones contractuales ha sido aún más restringida que en las acciones de *torts*” (Serrano Ruiz, 2016, p. 49). En efecto, en el pronunciamiento judicial se dispuso:

La invocación de los daños por angustia emocional en las acciones contractuales ha sido aún más restringida que para las acciones de *torts*. En general, los daños extracontractuales, incluidos los de menoscabo emocional, no son reparables por la vía de la inejecución del contrato, excepto para aquellos casos extraordinarios en los que el incumplimiento va acompañado de un *tort* independiente. (Serrano Ruiz, 2016, p. 49)

Entonces, aunque no muy común, en el ordenamiento jurídico estadounidense sí median situaciones que aperturan el resarcimiento de los perjuicios inmateriales por el incumplimiento de un contrato.

2.5. Conclusiones del Capítulo II

2.5.1. Gracias al desarrollo doctrinario y jurisprudencial de los ordenamientos jurídicos de la familia del *civil law*, tanto de Europa (Francia, Italia y España) como de Sudamérica (Argentina, Brasil, Chile y Colombia), hoy ya no se duda de la posibilidad de resarcir el daño moral en el campo de la inejecución o incumplimiento de las obligaciones siempre que se cumplan los requisitos para su procedencia, sobre todo el que se refiere a la previsibilidad del daño, esto a pesar de que en la mayoría de sus cuerpos legislativos sólo se consignan como perjuicios reparables el daño emergente y el lucro cesante.

2.5.2. En algunos cuerpos de armonización europeos, como los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, el Marco Común de Referencia y los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, así como en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, se reconoce como daño resarcible ante el incumplimiento del contrato a los de carácter extrapatrimonial.

2.5.3. En el ordenamiento jurídico inglés, la regla general es que los daños no económicos no sean compensados por el incumplimiento de los contratos; sin embargo, la excepción a

esta regla se da en los casos en los que el contrato tenga por objeto, así sea de manera indirecta, el traslado de placer o relajación a la parte acreedora. Por su parte, en el ordenamiento jurídico estadounidense, la regla general es que los daños no económicos no sean compensados por el incumplimiento de los contratos; sin embargo, la excepción a esta regla se da en los casos en los que el incumplimiento haya propiciado lesiones corporales o haya causado molestias emocionales graves.



CAPÍTULO III: EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES EN EL PERÚ

3.1. La inejecución de obligaciones en el Código Civil de 1984. Aspectos relevantes

Lo que buscamos en este acápite es conocer las reglas más importantes de la responsabilidad por inejecución de obligaciones ubicadas en el Código Civil vigente, es decir, las disposiciones que componen el juicio de responsabilidad que sigue el acreedor para alcanzar un resarcimiento por los perjuicios que su deudor le propaga por el incorrecto desenvolvimiento de su prestación.

Es necesario emprender esta tarea, pues resulta imprescindible, para la pretensión y posterior obtención del pago de una compensación por daños morales, que se tengan por acreditados todos los elementos que el Código Civil ha diseñado para el despliegue de tal efecto. Por lo tanto, si se verifica un perjuicio de índole material o inmaterial, si no se cumplieron los presupuestos para la imposición de la obligación resarcitoria, sencillamente el acreedor no tendrá derecho a recibirla.

3.1.1. El incumplimiento como hecho generador de “responsabilidad contractual”

En nuestro vigente Código Civil, así como en los que fueron sus antecesores, no se logra vislumbrar una definición de lo que podría ser catalogado como “obligación”. Esto a diferencia de, por ejemplo, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que, desde el 2015, ha plasmado una noción para dicha categoría en su artículo 724, el cual va de la siguiente forma: “La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

Lo que rescataremos de la definición brindada por el legislador argentino es la identificación de la “obligación” como “relación jurídica”, por lo que pensamos sería más atinado hablar de “relación obligatoria”, esto con el objetivo de diferenciarla de otro tipo de relaciones jurídicas⁶³.

Ahora, si echamos mano de algunos trabajos llevados adelante en nuestro medio, podríamos animarnos a decir que, para hablar de “relación obligatoria”, resulta conveniente partir del concepto de “cooperación”. Fernández Cruz (2012), por ejemplo, anota que “[l]a utilidad práctica del concepto obligación se desprende necesariamente de otra noción prejurídica: la cooperación humana, expresión de la necesidad existente en la realidad ante la falta o carencia de bienes” (p. 19). Casi con similares términos se expresa Barchi Velaochaga (2014): “En este caso la relación jurídica está dirigida a permitir el intercambio de bienes y servicios [(cooperación)]; es decir, tiene una finalidad económica. A esta relación se le conoce como relación obligatoria” (p. 359).

Ambas posiciones reflejan las ideas esbozadas en su momento por Betti (1969), pues este autor asumía que los vínculos de naturaleza obligatoria se generan como relaciones de

⁶³ La “relación obligatoria” ata un derecho de crédito con un débito u obligación, por lo que en aquellos vínculos en los que no se evidencie la presencia de dichas situaciones jurídicas, sería impertinente afirmar la existencia de una “relación obligatoria”. Muestra innegable de ello es el denominado “contrato de opción” (artículo 1419 del Código Civil), en el que hay de por medio una situación jurídica de “potestad” (y no un derecho de crédito) y, en el polo opuesto, una situación jurídica de “sujeción” (y no un débito u obligación), por lo que aquí no estamos frente a una “relación obligatoria”.

cooperación humana, esto es, lazos por los cuales un sujeto brinda una utilidad a otro con el propósito de ver satisfecha la necesidad que viene experimentando este último (p. 10).

Entonces, bajo el presupuesto de la cooperación, la “relación obligatoria” vendría a ser aquella correlación que existe entre dos situaciones jurídicas subjetivas opuestas: el crédito y el débito. La primera brinda a su titular (acreedor) la posibilidad de exigir una conducta ajena capaz de lograr la satisfacción de su interés, mientras que la segunda impone a su portador (deudor) un deber de actuación (prestación) a favor del agente que tiene para sí el derecho de crédito. En palabras de Trimarchi (1998), “[e]l derecho de crédito atribuye al acreedor la facultad de reclamar una prestación de una o más personas determinadas (deudor o deudores). La relación entre el acreedor y el deudor se denomina relación obligatoria” (p. 107).

Por lo dicho, existe una íntima relación de dependencia entre el interés a satisfacer del acreedor y la prestación a ejecutar por el deudor. Sólo si la primera es realizada correctamente, la segunda se tendrá por alcanzada. En sentido contrario, si el deudor no cumple con llevar adelante la prestación, o la materializa de forma inadecuada, el acreedor no tendrá por satisfecho su interés. Así, entonces, lo que se busca a través de las relaciones obligatorias es el exacto cumplimiento de la prestación, pues esta es la que hace posible la satisfacción de la necesidad del acreedor. El cumplimiento puede concebirse, por lo tanto, como la exacta ejecución, por parte del deudor, de la prestación que forma el objeto de la obligación (Galgano, 2011, p. 39).

Bajo las normas de nuestro Código Civil, el cumplimiento exacto de la prestación es denominado “pago”. El artículo 1220 prescribe: “Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación”. Por lo tanto, “el cumplimiento de la obligación es la realización voluntaria de la prestación que se debe. Es la actuación de la relación obligatoria, de la que desprende el deber de prestar. (...) [E]l cumplimiento es la actividad, el medio, jurídicamente predispuesto para alcanzar la satisfacción del acreedor. Es el acto culminante de la vida de la relación crediticia, como consumación del sacrificio impuesto a un de los sujetos para la realización del interés del otro” (Varela, 2012, pp. 7-9).

El pago debe realizarse en la forma, el tiempo y el lugar pactado o, de ser el caso, así establecido por la ley, por lo que las deficiencias en la ejecución de la prestación en cualquiera de tales modalidades determinarán un supuesto de incumplimiento, que viene a traducirse, como ya se dijo, en la insatisfacción del interés del acreedor. Por eso, “[n]o tenemos cumplimiento (...) siempre que el deudor no realice, de acuerdo a las reglas aplicables, la prestación adeudada” (Cordeiro, 2010, p. 103), es decir, “el incumplimiento es la no realización, por el deudor, de la prestación debida, siempre que esa no realización corresponda a la violación de la norma que le era específicamente dirigida y le conminaba el deber de prestar. Esto es, el incumplimiento es la no ejecución de la prestación debida en cuanto era debida” (Cordeiro, 2010, p. 105).

Por consiguiente, “el concepto de incumplimiento es objetivo (...) y es el resultado de la simple constatación de la falta de coincidencia entre el dato ideal (lo prometido) y el real (lo ejecutado [o no ejecutado] por el deudor), con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor” (Vidal Olivares, 2007, p. 48). Como refiere Varela (2012) “el no cumplimiento es, en este sentido, la situación objetiva de no realización de la prestación adeudada y de insatisfacción del interés del acreedor (...)” (p. 60).

El hecho de que el deudor incumpla genera un menoscabo en la situación favorable que ostenta el acreedor, razón por la cual el ordenamiento jurídico le apertura un cúmulo de mecanismo tendientes a resguardar o proteger el interés que le fue mellado. Y es que, como bien sostiene Di Majo (2003), “una de las principales tareas del ordenamiento jurídico es

brindar tutela efectiva a los derechos que son reconocidos y garantizados. Vendría a menos un ordenamiento que simplemente se decanta por reconocer la titularidad abstracta de los derechos y, en cualquier caso, el mérito de ciertos tipos de intereses, pero que no se molesta en garantizar la protección de tales derechos o la satisfacción de dichos intereses” (p. 1).

Dentro de los mecanismos de tutela que ostenta el acreedor está (junto con la ejecución forzada, la resolución contractual, entre otras) la de resarcimiento, la cual depende, como se anotó en el primer capítulo de este trabajo, de la presencia de un daño derivado del incumplimiento que repercute negativamente en la esfera jurídica del acreedor. En términos sencillos, esta forma de tutela resarcitoria “se produce siempre que se constata la contravención de la obligación con daño para el acreedor” (Llamas Pombo, 1999, p. 270). Cuando el perjuicio ocurra y el acreedor decida accionar en contra de su deudor tendrá que emplear las reglas de la así denominada “responsabilidad por inejecución”, “responsabilidad por incumplimiento” o, como tradicionalmente se conoce, “responsabilidad contractual”.

Como lógica consecuencia de lo que hemos sostenido, esto es, que la responsabilidad por inejecución de obligaciones es un mecanismo de tutela que tiene a su favor el acreedor cuando se le causan daños por el incorrecto desarrollo de la prestación a cargo del deudor, no participamos de aquella postura que concibe a la responsabilidad civil como parte integrante de la relación obligatoria⁶⁴. En efecto, se ha dicho que “los mecanismos de tutela son entidades independientes del derecho subjetivo no sólo porque su actuación es eventual sino también, y principalmente, porque i) tutelan un interés diferente del protegido por el derecho subjetivo; o, ii) recaen sobre un objetivo diverso del que es materia de actuación de este último”⁶⁵ (Escobar Rozas, 2002, p. 116).

Entonces, la responsabilidad contractual, como una forma de reacción frente al incumplimiento, jamás se identifica con el interés perjudicado (que en el caso del acreedor es un derecho subjetivo de crédito, que se expresa en una pretensión o exigencia de verificación de comportamiento ajeno -del deudor-), pues, al tener por objeto su protección, no puede ser intrínseca a su esencia, por lo que no se puede pregonar su integración a la estructura de la relación obligatoria. Por ende, la condena al pago del resarcimiento de daños por parte del deudor no representa un sustituto de la prestación no ejecutada o ejecutada de forma parcial, tardía o defectuosa, más bien “[s]e trata de una nueva obligación, de contenido absolutamente diferente a la originaria, que nace precisamente de la generación de unos daños, a su vez debidos al incumplimiento” (Llamas Pombo, 1999, p. 274).

Prosiguiendo con la explicación, la operatividad de la responsabilidad por inejecución de obligaciones si bien depende del acaecimiento del daño, no es menos cierto que, de acuerdo a lo que el ordenamiento jurídico haya diseñado, también se supedita a la presencia de otros elementos. En el caso del sistema peruano, el artículo 1321 del Código Civil establece que “[q]ueda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”. Así, la reparación de las lesiones sufridas por el acreedor podrá tener cabida si se imputa al acreedor una conducta teñida de culpa leve, culpa inexcusable o dolo.

Para reafirmar la premisa de la que parte la responsabilidad por inejecución de obligaciones en el Perú, es decir, de una responsabilidad subordinada a la presencia de un comportamiento culposo (*latu sensu*) del deudor, se puede recurrir al artículo 1314 del Código Civil, el cual prescribe que “[q]uien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Entonces,

⁶⁴ A favor de esta postura: Larenz (1958, p. 31 y ss.), Hinestrosa (2019, p. 5 y ss.), Fernández Cruz (1991, p. 78 y ss.).

⁶⁵ En igual sentido: Giorgianni (1958, p. 165 y ss.), Morales Hervías (2019, p. 100 y ss.), Espinoza Espinoza (2017, p. 100 y ss.).

se puede colegir que, evidenciado un comportamiento diligente, esto es, no negligente (no culposo), la responsabilidad tendría que ser negada. Sobre el particular, Osterling Parodi (2007), ponente del Libro VI: Las Obligaciones del Código Civil, sostiene esta postura:

El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa (p. 233).

A pesar de la gran confusión en la que cae el autor al asimilar la ausencia de culpa (diligencia) con la causa no imputable, puesto que la segunda en realidad supone la presencia de un hecho externo e irresistible que determina la imposibilidad en el cumplimiento de la obligación y con ello el levantamiento de la responsabilidad del deudor (artículo 1315 del Código Civil), lo cierto es que, si el deudor mantuvo un comportamiento diligente en el desenvolvimiento de la actividad comprometida (prestación), no podría ser señalado como responsable de los perjuicios sufridos por el acreedor.

Por lo tanto, si lo anterior resulta siendo verdad, no nos quedaría más que admitir que nuestro sistema de responsabilidad por inejecución de obligaciones es de cariz subjetivo, dado que se tendría que acudir a una evaluación de dolo o culpa (leve o inexcusable) respecto del comportamiento desplegado por el deudor en la ejecución de la prestación para admitir la tutela resarcitoria contractual a favor del acreedor. Asimismo, teniendo en cuenta que existe una regla de presunción de culpa leve (artículo 1329 del Código Civil⁶⁶), el deudor, para negar la responsabilidad que se le imputa, tendría que demostrar un comportamiento diligente⁶⁷.

No obstante, y a pesar de reconocer que nuestro propósito en esta investigación no radica en demostrar lo adecuado o impertinente de la posición adoptada por el codificador de 1984, no queremos dejar pasar la ocasión de mencionar que entre nosotros se ha buscado justificar un diseño “objetivo” de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, sosteniendo para ello que el real límite de la responsabilidad no es la ausencia de culpa, sino más bien la causa no imputable que torna imposible la prestación. Uno de los más prolijos representantes⁶⁸ de

⁶⁶ **Artículo 1329.-** Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

⁶⁷ El deudor no tiene únicamente la vía de la prueba de la diligencia para liberarse de la responsabilidad, sino que también podría recurrir a la regla establecida en el artículo 1315 del Código Civil que prescribe: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Aquí una precisión, no es que el caso fortuito y fuerza mayor se vean identificados con la “causa no imputable”, más bien esta vendría a ser un género que engloba a aquellas voces, a las que, dicho sea de paso, se tendrían que sumar dos supuestos adicionales: i) el hecho del tercero y ii) el hecho propio del acreedor. Así lo entienden también Fernández Cruz y León Hilarario (2017) cuando afirman que “la doctrina no duda sobre la inclusión del hecho determinante de tercero y el hecho de la propia víctima (el acreedor, en este caso) en el concepto de causa no imputable” (p. 873). En esa línea, entonces, el deudor no será responsable si es que prueba la presencia de un acontecimiento externo (artículo 1317 del Código Civil), con las demás particularidades que detalla la ley y delimita la doctrina, que le impida concretar su deber de prestación, ya que, al tornarse imposible por dicho evento, la obligación queda totalmente extinta *ex* primer párrafo del artículo 1316 del Código Civil.

⁶⁸ También se ubican dentro de esta línea argumentativa, aunque no con idénticos pareceres: Palacios Martínez (2004, pp. 183-249) y recientemente Moreno More (2019, pp. 159-169).

Quisiéramos agregar que todo esta situación se ubica por la consideración extendida, sobre todo a nivel doctrinario, que parece ser inadecuado tener dos distintas formas de liberación de la responsabilidad por inejecución de obligaciones o, como también se dice, dos límites para la responsabilidad contractual: i) subjetivo = diligencia; y, ii) objetivo = imposibilidad por causa no imputable, situación que se presentaría en el Código Civil peruano dentro de los artículos 1314 y 1315 (este último concordado con el artículo 1316). Por esta razón es que, por ejemplo, se expandió la dicotomía entre las “obligaciones de medios” y las “obligaciones de resultados” cuya autoría es comúnmente atribuida a Demogue, quien, en su *Traité des obligations* de 1928, exponía una posible solución a la “incompatibilidad” existente entre los -antiguos- artículos 1137 y 1147 del Código Civil francés de 1804 en el campo de la responsabilidad contractual, pues mientras la primera permitía la exoneración del resarcimiento con la prueba de la diligencia, la segunda daba pie a dicho fenómeno (exoneración) con la

esta tendencia es Fernández Cruz (2005), quien brinda un contenido diverso al comúnmente usado cuando se habla del artículo 1314 del Código Civil (pp. 143-161).

En efecto, el autor es de la opinión que el referido dispositivo legal no debería ser reputado como una cláusula que sirve para medir el grado de aptitud del deudor en el despliegue de su conducta cuando decide dar cumplimiento a su prestación, sino que se trataría de un mecanismo de control sobre los impedimentos que se mostrarían en la etapa de ejecución de la obligación (Fernández Cruz, 2005, p. 153). De esta manera, la diligencia estaría comprendida dentro de los deberes de protección bajo el entendimiento de la obligación como una relación compleja, en la que el deudor, además de tener el deber de materializar la prestación, tiene el imperativo de salvaguardar la esfera patrimonial y personal del acreedor cuando comienza el acto de cumplimiento (Fernández Cruz, 2005, pp. 153-154).

Es a partir de la premisa anterior que Fernández Cruz (2005) sostiene que el artículo 1314 del Código Civil, lejos de asumir la forma de un eximente subjetivo de la responsabilidad del deudor cuando incumple, representa una auténtica prueba del cumplimiento (en las prestaciones de dar, de hacer y no hacer), ya que, si obró con diligencia, lo que estaría acreditándose es que llegó a satisfacer el interés del acreedor, pues al cumplir con los deberes de protección en la modalidad de remoción de los impedimentos que podrían volver imposible la prestación, lo único que se estaría demostrando es que la ejecución de la obligación se llevó a cabo conforme a los parámetros esperados, de ahí que no se haya tornado imposible, por lo que la utilidad exigida por el acreedor habría sido materializada correctamente (pp. 157-158).

Entonces, para el autor, la prueba de la no negligencia equivale a acreditar la ejecución de los deberes de protección, ya que “la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad, por lo que sólo pueden presentarse dos alternativas: o se ha sido diligente y se ha cumplido la obligación; o no se ha sido diligente y, por ende, no se ha proporcionado la utilidad esperada debiéndose responder” (Fernández Cruz, 2005, p. 160).

Por otro lado, creemos adecuado traer a colación también lo señalado por León Hilario (2016), quien partiendo por admitir que nuestro régimen de responsabilidad por inejecución de obligaciones es subjetivo, advierte que el contenido del artículo 1314 del Código Civil no representa una cláusula exoneratoria general de responsabilidad (como lo entiende Osterling Parodi), sino tan solo una herramienta que le permite al deudor eliminar la imputación del incumplimiento:

existencia de una causa extraña. Así, en una obligación de medios, entendida como aquella que impone al deudor el despliegue de una determinada actividad, el límite de la responsabilidad se hallaba en la diligencia; mientras que, en una obligación de resultados, caracterizada por comprometer al deudor al alcance de un *opus*, el límite de la responsabilidad radicaba más bien en la causa extraña inevitable (Tunc, 1948, p. 126 y ss.). Sobre esta temática también es de resaltar el planteamiento que hizo Mengoni en su trabajo “*Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi' (Studio critico)*”, publicado en 1954, en el que, partiendo de la concepción de que en toda obligación lo que se busca es la mutación de una situación de hecho inicial, la clasificación en obligaciones de resultados y en obligaciones de medios recaería en determinar la mayor o menor correspondencia del término final de la obligación, es decir, del resultado debido, respecto del término inicial. Por lo tanto, en las obligaciones de resultados, el deudor, porque el interés primario del acreedor se encuentra justamente en el objeto de la obligación, no puede solamente ejecutar una actividad diligente, sino que debe conseguir el resultado que constituye el contenido de la prestación comprometida. En cambio, en las obligaciones de medios, como el contenido de la prestación incide solo en la actividad a desplegar por el deudor, dado que el resultado de la conducta comprometida no se integró en el objeto de la obligación, lo exigido esencialmente será un comportamiento diligente (Jordano Fraga, 1991, p. 7) (Piraino, 2014, p. 895 y ss.).

Aunque dicha fórmula ha venido siendo empleada hasta el día de hoy por la judicatura de distintos ordenamientos jurídicos (Francia, España, Italia e incluso Perú), siempre se han formulado grandes reparos respecto de su construcción, que va desde la afirmación de que se vuelve complicado diferenciar con claridad cuando una obligación es de medios y cuando es de resultados, hasta argumentar que es imposible separar el resultado de aquella actividad que lo genera, por lo que en toda obligación existiría un resultado, entendido este como el momento final de la prestación. Todo esto ha llevado a que se sostenga que su aplicación no debería ser auspiciada bajo ninguna forma (Piraino, 2014, p. 903 y ss.) (Cortés, 2009b, p. 133 y ss.).

Si la norma citada [art. 1314 CC] se interpreta literalmente parecería tratarse de una eximente general de responsabilidad para el deudor, pero es claro que una deducción semejante sería exagerada. A lo que parece referirse la norma es a la prueba con la que se desvirtúa la culpabilidad, o sea, con la que se descarta la presencia de uno de los elementos del juicio de responsabilidad. Es lógico que, si el deudor responde de los daños que ocasione su incumplimiento doloso, gravemente culposo o levemente culposo, *ex art. 1321*, párrafo 1 CC, y más aún, si la culpa leve se presume, el deudor puede liberarse de la imputación demostrando que ha tenido un desempeño “ordinariamente” diligente, *ex art. 1314* (p. 107).

Así, la obligación de reparar los daños que ocasione el deudor a su acreedor dependerá de que no haya existido cumplimiento de la prestación adeudada, es decir, cuando no hay rastro de ejecución alguna o esta, a pesar de haberse realizado, se llevó adelante de manera parcial, tardía o defectuosa. Además de ello, el deudor debe haberse comportado mínimamente de forma negligente, lo que significa que su responsabilidad también podría darse si su conducta obedece a una culpa inexcusable o dolo. Todo lo anterior teniendo en cuenta que el incumplimiento haya podido ser imputado al deudor y no a un evento externo que imposibilitó la realización de la prestación. Si se constata los elementos enunciados, la pretensión de responsabilidad por inexecución de obligaciones tendría que progresar sin mayores inconvenientes.

3.1.2. La adopción de la regla de previsibilidad en la responsabilidad por inexecución de obligaciones y su vinculación con los daños directos e inmediatos

El resultado de una pretensión exitosa de responsabilidad es que el agente que cometió el daño pague un resarcimiento. En el campo de la responsabilidad por inexecución de obligaciones, será el deudor quien deba sufragar al acreedor la suma que represente los perjuicios que este pudo haber experimentado por la lesión a su derecho de crédito.

Lo anterior resulta indiscutible, sin embargo, en nuestro Código Civil se consigna una regla de determinación del alcance del resarcimiento cuando este resulta procedente. Así, una vez admitida la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de su obligación, el juez o árbitro deberá fijar una suma que represente el resarcimiento, para lo cual deberá respetar el parámetro establecido en el tercer párrafo del artículo 1321 del Código Civil: “Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

Es sencillo concluir que en nuestro Código Civil la medida del resarcimiento a imponerse depende del grado de culpabilidad en la que el deudor incurre en la inexecución de sus obligaciones. Esta premisa fue también adoptada por el Código Civil de 1936⁶⁹, pues se tuvo como referencia la tradicional disposición contenida en el artículo 1150 del Código Civil francés de 1804, el cual señalaba: “El deudor sólo está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que se hayan previsto o podido prever en el momento del contrato, siempre que, en el incumplimiento, no haya habido dolo por su parte”. Hoy dicha regla, a causa de la *Ordonnance* N° 2016-131, se ubica en el artículo 1231-3 bajo los siguientes términos: “El deudor solo es responsable por los daños que se hayan previsto o hubieren podido preverse al tiempo del contrato, excepto cuando la inexecución se deba a negligencia grave o dolo”.

⁶⁹ **Artículo 1323 del Código Civil de 1936.**- Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato.

Otros cuerpos normativos recogen también la idea de que el resarcimiento debe ser estimado de acuerdo a los alcances de la culpa del deudor en la no ejecución de la prestación. En el Código Civil italiano, el artículo 1225 dispone que: “Si el incumplimiento o el retardo no dependen del dolo del deudor, el resarcimiento es limitado al daño que pueda preverse al tiempo en el que surgió la obligación”. El artículo 1107 del Código Civil español prescribe: “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”. En el Código Civil chileno, la regla se ubica en el artículo la primera parte del artículo 1558: “Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato (...)”. De forma idéntica que el Código Civil chileno, el artículo 1616 del Código Civil colombiano reconoce que: “Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato (...)”. Por último, en el artículo 1728 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina se ordena: “En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”⁷⁰.

Asimismo, en el artículo 9:503 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos se dispone: “La parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente”.

Entonces, el mandato común es el siguiente: el incumplimiento con culpa (leve) abre el resarcimiento de los daños previsibles al momento de la creación de la relación obligatoria, en cambio, el dolo (como también la culpa inexcusable) permite que el resarcimiento se extienda más allá de los daños previstos por los sujetos vinculados. En otros términos, la culpa leve admite el resarcimiento solo de los daños previstos en la génesis de la obligación, el dolo (y la culpa inexcusable) los perjuicios no previstos (Roppo, 2016, p. 329). Como manifiestan Torrente y Schlesinger (2019):

Si el incumplimiento o el retardo no dependen de “dolo”, es decir, si el incumplimiento o el retardo no son consecuencia de una decisión consciente del deudor, el resarcimiento se limita al daño que “podría esperarse en el momento en el que surgió la obligación”: “daño previsible”. Por lo tanto, se deseaba que el patrimonio del deudor, cuando este no haya incumplimiento intencionalmente, se encuentre expuesto solo a las consecuencias que él mismo pudo calcular cuando asumió, al obligarse, el riesgo de no poder cumplir (p. 451).

Esta manera de proceder en la responsabilidad por incumplimiento se debe al pensamiento de Pothier⁷¹ plasmado en su famoso *Traité des obligations*, que contaba con dos volúmenes, el primero publicado en 1761 y el segundo en 1764 (Corral Talciani, 2009, p. 140). En efecto, en el “Artículo III del Capítulo II de su primera parte, destinado a tratar ‘De los daños y perjuicios que resultan ya sea del incumplimiento de las obligaciones ya del retardo puesto a su ejecución’, y más precisamente en los N° 160 a 168, [se plasmó] la regla que dispone que, en caso de incumplimiento de una obligación contractual, el deudor responde no de todos los perjuicios causados, sino solo de aquellos previstos o que pudieron preverse a la época

⁷⁰ Este repaso nos lleva a compartir la aseveración de Patti (2015): “la ‘previsibilidad del daño’ constituye uno de los criterios de cuantificación/limitación del daño resarcible presente en un gran número de ordenamientos de *civil law*” (p. 307).

⁷¹ Este se basó, a su vez, en la Constitución de Justiniano del año 531 “*De sententiis quae pro eo quod interest proferentur*” (*Codex* 7.47) y en la obra *Tractatus de eo quod interest* de Dumoulin. Para más detalles se puede revisar: Pérez Velázquez (2016, p. 397 y ss.)

de celebración del contrato” (Corral Talciani, 2009, pp. 140-141). Así, Pothier, en el N° 160, expresaba:

Quando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y que no es más que por una simple culpa el que haya dejado de cumplir su obligación, ya sea porque temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir, ya sea porque él se ha puesto después, por su culpa, fuera del estado de cumplir su compromiso; en ese caso, el deudor no es obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever, al momento del contrato [*lors du contrat*], que el acreedor podía sufrir de la inejecución de la obligación; pues se reputa que el deudor no se ha sometido más que a ellos. (Corral Talciani, 2009, p. 141)

El postulado del autor francés se debía al hecho de considerar que el deudor, en la formación del contrato, establecía, junto con su obligación, los alcances de su responsabilidad, aunque de manera implícita⁷². Usando concepciones iusnaturalistas, Pothier entendía que una persona no podía obligarse a pagar un resarcimiento que no le era conocido o que no podía sanamente prever: “[E]l deudor se obliga a indemnizar ‘los daños e intereses que resulten de la inejecución de su obligación’. Pero ‘se presume que [el deudor] no ha entendido ni querido obligarse más que a la suma a la que él ha podido verosímilmente prever que podrían ascender, a lo más, los referidos daños e intereses, y no más allá de ella’ (Morales Moreno, 2011, p. 281).

Ahora, nuevamente de acuerdo a Pothier, esta famosa regla de previsibilidad no es susceptible de emplearse cuando el deudor obra con dolo, pues, “en este caso, no es la autonomía de la voluntad (contrato) sino la ley la que ordena la imputación del daño. ‘El que comete dolo –afirma– se obliga *velit, nolit* a la reparación de todo el daño (*tort*) que el dolo causará” (Morales Moreno, 2011, p. 281) (Corral Talciani, 2009, p. 145).

Si bien no se duda de que la doctrina de Pothier y de todas aquellas fuentes que lo influenciaron sirvieron para expandir el postulado del resarcimiento de los daños previsibles en el actuar culposo del deudor en la incorrecta ejecución de su obligación, hoy en día se ha forjado una construcción que va más allá de la base voluntarista. Así, la regla ha sufrido una ampliación respecto de su fundamento, en el sentido de que el alcance de los daños posibles de reparar a través de la responsabilidad por incumplimiento no se limita a la proyección psicológica que el obligado realiza sobre las lesiones que podría ocasionarle a su acreedor y que acepta al momento de vincularse a través del contrato, sino más bien sobre los intereses que las partes buscan alcanzar con la construcción de la relación obligatoria y del menoscabo que se direvarían si aquellas no son logradas por la inejecución de las prestaciones⁷³.

Por ejemplo, Morales Moreno (2010) habla del “fin de protección del contrato”, pues estima que el artículo 1107 del Código Civil español (que recoge la regla de previsibilidad de los daños ocasionados por el incumplimiento) es una disposición de naturaleza enunciativa, que impone el deber de remisión al contenido del título de la obligación para especificar los alcances del resarcimiento (pp. 164-165). Así, los perjuicios “no son los que prevé, unilateralmente, el deudor al tiempo de contratar, como posible consecuencia del incumplimiento, [por el contrario, se trata de los] daños previstos en el contrato” (Morales Moreno, 2010, p. 167).

⁷² “En la tradición, la regla que limita al daño resarcible al previsible por el deudor se ha justificado en perspectiva puramente subjetiva: el deudor sólo está obligado al perjuicio previsible, pues únicamente ello fue lo que las partes tuvieron en cuenta –implícitamente (mediante un acuerdo tácito) o explícitamente– al momento de la contratación” (D’Adda, 2019, p. 1296).

⁷³ Para el caso del artículo 1225 del Código Civil italiano (tercer párrafo del artículo 1321 del Código Civil peruano) se ha comentado que apelar a la explicación de Pothier, esto es, al acuerdo implícito, se muestra hoy como un “genérico fundamento injustificado”, por lo que la norma ha asumido un significado nuevo y actual: “contener el resarcimiento dentro de un criterio de normalidad: ‘la previsibilidad del daño en realidad marca concretamente la incidencia normal del incumplimiento en la esfera de interés del acreedor’” (Pellegrini, 2018, p. 48).

Este autor añade que la forma en la que se podrán desprender los daños previsibles de la estructura del contrato es a través de las reglas de interpretación⁷⁴, ya que no resulta común que las partes lo manifiesten expresamente. Por lo tanto, el llamado a resolver la disputa será quien asuma la labor de reconstruir “el contenido del contrato, más allá de los contenidos directamente expresados en él, aunque en armonía con ellos” (Morales Moreno, 2010, pp. 167-168).

Sin embargo, luego se advierte que los daños que se consideren previsibles (luego de forjado el trabajo hermenéutico) no generan automáticamente su imputación en cabeza del deudor y, consecuentemente, pasibles de inmediato resarcimiento, pues “hay daños que, aun pudiendo considerarse comprendidos en el fin de protección típico del contrato celebrado (venta, arrendamiento, contrato de obra), no son imputables al deudor, porque, en concreto, no eran previsibles para él en el momento de contratar. (...) A menudo, la falta de previsibilidad del daño proviene de que el acreedor no informó al deudor, al contratar, de las circunstancias particulares que podía originarlo” (Morales Moreno, 2010, p. 168). De esto se deduce que la pauta para la previsibilidad será siempre los intereses que se hallen inmersos en el radio de acción de la obligación.

Para culminar, Morales Moreno (2010) es muy enfático en resaltar que la previsibilidad no puede ser empleada cuando el deudor ha obrado con dolo:

[C]uando el incumplimiento del deudor no es neutro (no es el mero hecho de la falta de ejecución del contrato) sino que, por existir dolo, constituye, además, un acto por sí mismo reprobable, hemos de enjuiciar esa conducta como una fuente de responsabilidad sobreañadida, distinta de la del mero incumplimiento; y hemos de establecer un sistema diferente de imputación de daños. Es decir, **tenemos que ensanchar el ámbito de imputación de los daños indemnizables, por la reprochabilidad del acto doloso y la lesión que produce a intereses no comprendidos en el fin de protección del contrato** (p. 173) (el resaltado es nuestro).

Pérez Velázquez (2016), por su parte, comprende que la regla de previsibilidad es adecuada, dado que pone un límite a los daños resarcibles, cuando media culpa, a la forma en la que los obligados se reparten los riesgos (p. 453). Así:

[E]l fundamento de la limitación del test de previsibilidad a los daños previstos o que se hayan podido prever exige centrar la atención en el contrato, y concretamente en los riesgos distribuidos y asumidos mediante la autonomía de la voluntad de las partes al celebrarlo, [por lo que] el contrato sirve de instrumento a las partes, que, mediante la autonomía de su voluntad, realizan la distribución de los riesgos, siendo los asumidos por las partes los que fundamentan la limitación de los daños a los previsibles. (...).

[Por ende], todos aquellos daños que resulten ser una concreción de los riesgos no asumidos por el deudor quedarán fuera del paraguas de la previsibilidad, no siendo por tanto indemnizables (Pérez Velázquez, 2016: 453-455).

Aquí, nuevamente, se hace la atinencia que en el incumplimiento doloso o en la negligencia grave no media el límite de la previsibilidad de los daños sujetos a resarcimiento, pues tal comportamiento merece un reproche mayor:

El fundamento de la ampliación del ámbito de imputación de los daños indemnizables se encuentra en la propia conducta del deudor; no sólo incumple, sino que dicho incumplimiento viene acompañado de una actuación intencional o gravemente negligente –

⁷⁴ “Los contratos normalmente prevén las obligaciones, pero no las consecuencias de su incumplimiento. Este silencio nos sitúa ante el problema de la determinación del fin de protección del contrato. La manera de resolverlo es proceder a interpretar el contrato. Si los contratantes no están de acuerdo sobre los daños que han de ser indemnizados, la tarea de interpretar el contrato deberá realizarla el tribunal al que sometan la controversia. El tribunal ha de utilizar, como en cualquier otro caso, todos los medios de interpretación oportunos” (Morales Moreno, 2010, pp. 168-169)

lo que en nuestro Derecho se denomina incumplimiento doloso—, que hace ineficaz el reparto de los riesgos que se establece en el contrato, extendiendo la indemnización a los demás intereses del deudor no cubiertos en el fin de protección del contrato. En otras palabras, el deudor con su actuación ha roto las reglas del juego, la limitación de la indemnización a los riesgos asumidos al contratar, y por tanto no puede beneficiarse alegando que los daños producidos no son concreción de tales riesgos (Pérez Velázquez, 2016, p. 475).

Otro autor que se ha dado la tarea de delimitar los alcances de la previsibilidad de los daños como parámetro de cuantificación en la responsabilidad por incumplimiento ha sido De la Maza Gazmuri (2018), quien parte por referir que “resulta evidente que por ‘previsibilidad’, se pueden entender dos cosas distintas. La primera de ellas consiste en la posibilidad del deudor de representarse los daños que causará el incumplimiento del contrato. La segunda consiste en preguntarse si el deudor asumió el riesgo de esos daños” (p. 292).

En ese sentido, se decanta por la segunda de las posiciones, que, a su vez, tiene una aceptación mayoritaria en la jurisprudencia y doctrina chilena: “[L]a previsibilidad no consiste, exactamente, en la posibilidad del deudor de representarse el daño (...) que provocará el incumplimiento, sino en el hecho que ese deudor lo haya asumido” (De la Maza Gazmuri, 2018, p. 293). Más adelante, citando a Barros Bourie, señala:

Para examinar los criterios o condiciones para la compensación del daño moral contractual es esencial tener en cuenta que la fuente de la obligación de indemnizar, cualquiera sea la naturaleza del daño, es el propio contrato entendido como mecanismo de reparto de riesgos entre las partes y que no prevé solo para el cumplimiento sino también para el evento de su infracción, imputando responsabilidad al deudor según tal reparto. (De la Maza Gazmuri, 2018, pp. 295-296)

Finalmente, al igual que los otros dos autores reseñados con anterioridad, De la Maza Gazmuri (2018) también niega que la previsibilidad pueda beneficiar al deudor que no ejecutó su obligación dolosamente:

La previsibilidad únicamente limita el monto de los perjuicios —y, por lo mismo, protege al deudor— cuando el incumplimiento contractual no ha sido doloso. Por lo mismo, si el incumplimiento ha sido doloso no tiene demasiado sentido preguntarse por el ámbito de resguardo del contrato pues lo que sucede es que el dolo le impide al deudor servirse de ese ámbito para alegar que el daño (...) no estaba cubierto por el contrato (p. 300).

De lo que hemos podido apreciar hasta el momento es que la previsibilidad consagrada en distintos cuerpos normativos, que cumple el rol de restringir el alcance de los daños cuando el deudor obra con culpa, se extrae de la distribución de los riesgos que los sujetos que componen la relación obligatoria asumieron en el instante de su constitución. Es decir, en la construcción del título de la obligación, las partes comprenden que la satisfacción del interés de su contrario depende de la correcta ejecución de la prestación a su cargo, por lo que las condiciones que se muestran adecuadas para su materialización vienen a integrar la gama de riesgos aceptados. A su vez, dentro de este cúmulo de riesgos se ubican también los perjuicios que son capaces de producirse por la falla en el desenvolvimiento de la conducta del deudor en la misión de realizar el interés del acreedor. Entonces, el lineamiento de la previsibilidad de los daños se ubica en consonancia con los intereses puestos en la relación obligatoria y de los medios idóneos para su concreción.

Por eso, no le falta razón a D’Adda (2019) cuando explica que lo que permitiría aseverar que un determinado perjuicio “es previsible y, en consecuencia, resarcible, depende de sí, por el tipo de negocio elegido, o por el examen objetivo del contrato, se asume que las partes han pretendido asignar el riesgo de su ocurrencia al deudor” (p. 1298).

En la doctrina italiana se ha hecho hincapié que la previsibilidad, además del carácter distributivo de los riesgos⁷⁵, representa un mandato que busca resguardar el equilibrio original del vínculo obligatorio, incluso en la etapa patológica derivada del incumplimiento:

[E]l criterio de previsibilidad limita el área del daño resarcible al riesgo asumido por el deudor con la obligación. El artículo 1225 del Código Civil, considerando las consecuencias resarcibles por el deudor en caso de un incumplimiento culposo, contribuye a “identificar el contenido exacto de la obligación”. Bajo esta óptica, si bien el daño previsible es compensable porque se considera, desde el principio, una parte integrante de la obligación, el daño imprevisible no puede ser resarcido por ser ajeno al contenido de la relación obligatoria. Por lo tanto, el legislador, a través del artículo 1225 del Código Civil, parece reafirmar no solo el vínculo general entre la responsabilidad por incumplimiento y la disciplina de las obligaciones, sino también la estrecha conexión entre el perfil “patológico” y el perfil “formativo” del vínculo obligatorio: no considerar ciertas consecuencias como parte de la obligación, puede, así, reflejarse en una cuantificación diferente del daño resarcible (Tuccari, 2012, p. 577).

Pero, las ideas de distribución de riesgos y de equivalencia que trae consigo la regla de previsibilidad del daño se quiebran si el deudor incumple su prestación de manera intencional (dolosa) o extremadamente negligente (culpa inexcusable). La razón de ello vendría a ser la necesidad de reprochar dicho actuar a través de la imposición de una sanción, que justamente se daría con la extensión del resarcimiento de los daños previsible a los perjuicios que resultan ser imprevisibles (Grisi, 2018, pp. 669-670). Nivarra, Ricciuto, y Scognamiglio (2015) precisan:

[R]esarcible es sólo el daño previsible en el momento en que surge la obligación. Esta regla se refiere a la necesidad (...) de evitar riesgos para el deudor y, por tanto, costos adicionales a los asumidos originalmente. Esto, empero, explica la razón por la cual el límite de previsibilidad del daño no opera en caso de incumplimiento doloso: aquí, de hecho, es como si el deudor, al optar por no realizar la prestación, hubiera redeterminado en cierto sentido las condiciones de su compromiso original, soportando todas las consecuencias de la no ejecución (p. 655).

Ahora bien, sobre este último aspecto hay una precisión que se debe realizar. No han sido pocos los autores que han señalado que la doctrina del ordenamiento jurídico francés, ordenamiento en el que se inició la vinculación del alcance del resarcimiento con la graduación de culpas como se ha visto, entendía que el incumplimiento doloso de la obligación, cuando favorecía la compensación de los daños imprevisibles, en realidad forjaba el ingreso de la responsabilidad aquiliana. En otras palabras, el dolo del deudor ocasionaba que sea la responsabilidad extracontractual la vía adecuada para cumplir la labor resarcitoria de los perjuicios imprevisibles, y no así la de naturaleza contractual. Banfi del Río (2017), sobre la situación del país galo, precisaba:

[L]a responsabilidad por incumplimientos dolosos –y también gravemente negligentes– se basa íntegramente en la causalidad y no en la previsibilidad: el dolo o la culpa lata es la causa directa e independiente de los perjuicios indemnizables, no las previsiones contractuales. El dolo traslada a las partes al terreno delictual. (...)

[Q]uien incumple dolosamente sus obligaciones contractuales no puede pretender que su conducta sea regida por el derecho de contratos, ya que este se funda en la confianza que aquel comportamiento vulnera abiertamente. Luego, el incumplimiento contractual deliberado, o gravemente negligente, constituye un delito civil (p. 101).

⁷⁵ “[L]a norma limita el resarcimiento a las consecuencias ‘normales’ de incumplimiento, es decir, (...) a la zona de riesgo que es asumida por el deudor con relación a la concreta operación comercial emprendida por los contratantes” (D’Adda, 2019, p. 1298).

También ha comentado esta circunstancia, Visintini (2015), cuando hace el parangón entre el artículo 1225 del Código Civil italiano y el artículo 1150 del Código Civil francés (antes de la reforma):

[E]n las obras de autores franceses y en la elaboración del derecho jurisprudencial francés la noción de dolo pertenece al área del ilícito aquiliano, así que, toda vez que el acreedor interpone la acción para el resarcimiento de los daños imprevisibles en consideración del dolo que acompañó el incumplimiento, está promoviendo una acción autónoma respecto a la contractual (pp. 314-315).

A pesar de esta circunstancia, actualmente no se duda que la presencia del dolo (o la culpa inexcusable) en la inejecución de la obligación no hace emerger a la responsabilidad extracontractual, sino que los daños imprevisibles que dicho acontecer propaga serán materia de resarcimiento por el estatuto contractual. Es más, si bien en Francia se calificaba como excepción a la regla del “no cúmulo” el incumplimiento doloso de la prestación por parte del deudor, hoy la jurisprudencia la viene rechazando continuamente. Así, Viney (2007):

[N]o es de ninguna manera necesario recurrir a los principios extracontractuales para justificar una severidad particular frente al deudor contractual culpable de dolo: La noción de orden público contractual podría ser transportada y la agravación de la responsabilidad por culpa grave o dolosa tenida como una de sus exigencias. Escapando a las reglas ordinarias de la responsabilidad contractual, el deudor culpable de dolo o de culpa grave caería en el campo de una responsabilidad agravada, pero siempre contractual. (...)

[L]a Tercera Cámara Civil de la Corte de Casación (...) ha admitido una agravación del régimen ordinario de la responsabilidad contractual del deudor perseguido por culpa dolosa, sin por ello invocar la aplicación de las reglas extracontractuales. Parece entonces que esta excepción a la regla del no cúmulo está en vía de desaparición progresiva (pp. 479-480) (el resaltado es nuestro).

Esta idea se encuentra consolidada en la doctrina francesa, incluso después de su reforma en materia de obligaciones del año 2016. Terré, Simler, Lequette, y Chénéde (2019) expresan:

Al igual que el antiguo artículo 1150, el nuevo párrafo tercero del artículo 1231 dispone que, en caso de una falta dolosa del deudor, este no sólo estará obligado por el daño previsible, sino también por el daño imprevisible. En efecto, las convenciones deben ejecutarse de buena fe (artículo 1104; antes artículo 1134, párrafo tercero). **El deudor tiene que reparar íntegramente el perjuicio causado intencionalmente, aún cuando no hubiera previsto su extensión el día en que celebró el contrato. Es el castigo a su mala fe. A veces se explica de otro modo este resultado, diciendo que en caso de falta dolosa el deudor incurre en responsabilidad extracontractual y que esta última no conoce la limitación del artículo 1231-3. Pero esta explicación es contraria al principio de no cúmulo de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual.** Además, si se sigue este análisis, no quedaría claro por qué, en caso de falta culposa, no existiría también la responsabilidad extracontractual, ya que en el artículo 1241 (antes artículo 1383) se tipifica el cuasi delito de imprudencia (p. 893) (el resaltado es nuestro).

Entonces, siguiendo esta última línea, que tiene repercusión positiva en la doctrina de otros ordenamientos que han seguido la estructura francesa del resarcimiento de daños en el incumplimiento de obligaciones⁷⁶, los perjuicios imprevisibles serán sometidos a evaluación y reparación únicamente a través de la responsabilidad contractual, cada vez que el deudor haya actuado con culpa inexcusable o con dolo, esto como una manifestación de castigo por su indebida conducta.

⁷⁶ Pueden revisarse los trabajos de: Morales Moreno (2011, p. 174); Díez-Picazo (2007, p. 614); Tamayo Jaramillo (2013, pp. 544-545).

Para culminar este acápite, debemos señalar que, ya sea que se solicite el resarcimiento de los daños previsibles o imprevisibles de acuerdo al grado de culpabilidad del deudor, estos siempre deben respetar la regla de “inmediatez y dirección” que se consagra en el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil. Esta disposición impone el deber de dejar de lado la opción de resarcir los perjuicios anormales desde la perspectiva de su vinculación con el incumplimiento de la obligación, y que, como tales, “son manifestaciones de un riesgo que no es necesariamente inherente a la inejecución de la prestación, sino que bien hubiese podido manifestarse bajo otra forma o en otro momento” (Visintini, 2015, p. 300).

De acuerdo con dicho criterio, Kötz y Patti (2017) señalan que es desestimable el perjuicio resultante de la no materialización de la prestación cuando hay una concreta lejanía entre ambos acontecimientos (p. 425). Sin embargo, esa “lejanía” debe entenderse desde una perspectiva “objetiva”, en el sentido de analizarse no sólo la “proximidad” de los eventos, sino también si frente al daño alegado el incumplimiento se muestra como un elemento imprescindible para su configuración, por lo que se tendría que compensar todas las consecuencias que, según un criterio de normalidad y regularidad, son consecuencias “inmediatas y directas” de la no ejecución de la obligación (Di Majo citado por Procida Mirabelli di Lauro, 2019, p. 185).

3.1.3. La culpa leve, la culpa inexcusable y el dolo en la inejecución de obligaciones

Es el momento de repasar, brevemente, la definición de lo que viene a ser la culpa leve, la culpa inexcusable y el dolo, pues, como ya hemos apuntado, estos son los criterios de imputación al interior de la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

La relevancia de esta labor se encuentra en la circunstancia de que cada grado de culpabilidad genera efectos jurídicos diferentes, esto es, que para acreedor no será nada indiferente, por el contrario, muy relevante, en aras de determinar las consecuencias que reposarán en cabeza del deudor, saber si este se comportó con dolo, culpa inexcusable o culpa leve. Por ejemplo, la culpa leve se presume (artículo 1329 del Código Civil), por ende, correspondería al acreedor probar la culpa inexcusable o el dolo en el incumplimiento; asimismo, los pactos de exoneración de responsabilidad son válidos si se refieren a la culpa leve, pero son nulos si engloban a la culpa inexcusable o al dolo (artículo 1328 del Código Civil) y, como recién lo acabamos de ver, el tercer párrafo del artículo 1321 del Código Civil permite el resarcimiento solo de los daños previsibles si la conducta es concebida como una culpa leve, en cambio, si es inexcusable o dolosa, el resarcimiento puede alcanzar los daños imprevisibles. En ese sentido, procedamos ahora a identificar los rasgos de cada manifestación de culpabilidad.

3.1.3.1. La culpa leve

La noción de culpa es una que va asociada al parámetro de diligencia⁷⁷; lo que significa que, para asumirla, debemos tomar en consideración un prospecto o modelo ideal de comportamiento en la ejecución de las obligaciones. Por lo tanto, en el campo de la inejecución de obligaciones, la culpa tiene que medirse con criterios objetivos, de carácter impersonal, por la vía de los prototipos sociales y figuras ideales reconocidos como tales en un contexto determinado. Como señalan Díez-Picazo y Gullón (1992) en cuanto a la “consideración objetiva” de la culpa: “es la que se establece tomando en cuenta los criterios

⁷⁷ “La culpa se presenta como un error en la conducta por la inobservancia de un deber de diligencia” (Domínguez Guillén, 2017, p. 231)

normales dentro de la comunidad” (pp. 215-216), que dicho sea de paso, se aplica siempre que en el título de la obligación no se haya señalado algo diferente.

Ahora, sobre la culpa leve, el artículo 1320 del Código Civil prescribe que “[a]ctúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. En ese sentido, “[e]l procedimiento para deducir la culpa [leve] es comparar el concreto desempeño del deudor en el caso concreto con el desenvolvimiento ideal y típico que habría tenido alguien ‘ordinariamente diligente’. Este deudor ‘ordinariamente diligente’ es un parámetro de conducta” (León Hilario, 2016, p. 107). La culpa leve aquí es abstracta, pues a diferencia de aquella concreta⁷⁸, el juzgamiento no se resuelve en el estudio del comportamiento habitual del deudor en sus propios labores, sino en el modelo socialmente ideado para la materialización de las prestaciones. Así:

[L]a culpa leve en abstracto (...) es la que acontece cuando se omite la diligencia del buen padre de familia, cuando no se actúa con el cuidado, la diligencia o la prudencia del hombre vigilante y cuidadoso. Culpa leve consiste en omitir la diligencia propia de un buen padre de familia. (...) [E]n términos generales la culpa leve en abstracto es una falta en el comportamiento de quien no procede con el cuidado y la diligencia media de una persona normal (Domínguez Guillén, 2017, p. 233).

Roppo (2016) considera a la culpa leve como la violación a la diligencia promedio del buen profesional, y coloca como ejemplo el siguiente: “Si el cliente confía las joyas al hotelero para que las custodie, y el hotelero las guarda en un cajón de escritorio que un ladrón puede romper fácilmente, el robo ciertamente será de culpa del deudor: un hotelero diligente guarda las joyas que sus clientes le confían en la caja fuerte” (p. 321).

Resumiendo, entonces, la culpa leve es la omisión de la diligencia normal (Díez-Picazo y Gullón, 1992, p. 216).

3.1.3.2. La culpa inexcusable

La culpa inexcusable o grave está “definida” en el artículo 1319 del Código Civil: “Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”. A decir verdad, esta disposición poco o nada nos dice al respecto, ya que no permite identificar con claridad en qué consiste verdaderamente la culpa inexcusable⁷⁹.

Pues bien, tal modalidad de culpa representa la máxima expresión de la negligencia, esto es, una conducta torpe, una equivocación en la que no caería ni siquiera una persona descuidada. Por eso, aquí también se puede forjar un parámetro de comportamiento, siendo este el de un sujeto que no se encuentra alerta. “Cuando incluso una persona así de distraída habría tomado los cuidados omitidos por el deudor, diremos que hay culpa grave” (León Hilario, 2016, p. 108). Nuevamente acudiendo a Roppo (2016), tenemos que la culpa inexcusable:

(...) es la inobservancia de los niveles mínimos de atención, de prudencia y de competencia concebibles para la ejecución de la prestación: es la desatención o el descuido más imperdonable, la imprudencia macroscópica, la incompetencia más grosera. Este es el caso del hotelero que no solo no pone las joyas del cliente en la caja fuerte, sino que las coloca en

⁷⁸ “La culpa leve en concreto (...) existe cuando sobre el sujeto cuya responsabilidad se trata de juzgar no ha puesto en su comportamiento la diligencia que suele observar en sus propios asuntos” (Domínguez Guillén, 2017: 233).

⁷⁹ “La culpa grave no es definida por el legislador. Uno de los peores artículos de todo el Código Civil es, sin duda, el artículo 1319 CC, donde se plasma un razonamiento circular clamoroso: ‘Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación’. En otras palabras, culpa inexcusable equivale a negligencia grave. ¿Y qué es negligencia grave? ¿No es acaso culpa inexcusable?” (León Hilario, 2016: 108).

un cajón, pero además lo mantiene descuidadamente en el mostrador de la recepción, donde puede ser robado por la primera persona que pasa por allí (p. 321).

Consiguientemente, la culpa inexcusable representa una falla de conducta imperdonable en el que incurren las personas más torpes: la falta es sumamente grosera e imperdonable que, como tal, debe ser asimilable al dolo en cuanto a sus consecuencias (*culpa lata dolo aequiparatur*); “es culpa grave el comportamiento absurdo, insensato y temerario, que cualquier persona – hasta la más lerda- debería advertir como segura fuente de resultados funestos” (Bejarano Sánchez, 2011, p. 238).

A propósito de la equiparación de la culpa inexcusable con el dolo en lo que respecta a sus efectos, se ha puesto en primer plano que ello no ocurre por no poder diferenciarse, conceptualmente hablando, el uno del otro (en el dolo, como veremos, existe intencionalidad, en la culpa inexcusable, no), sino más bien por una necesidad eminentemente práctica:

[C]uando una persona incurre en un acto que interpretado con benevolencia implica una negligencia extrema o muy grave; siempre le queda al observador imparcial la duda sobre si en verdad se tratara de una gran injuria, de una gran negligencia o imprudencia o más bien de un dolo disfrazado. Del tratar de disfrazar la mala fe, detrás del comportamiento torpe, es decir, a veces, se hace sumamente difícil distinguir el comportamiento del malvado del comportamiento del imbécil o mentecato. Y con ello, según ha referido la doctrina se “impide que el malvado se haga el imbécil” (Domínguez Guillén, 2017, pp. 232-233).

En conclusión, la culpa inexcusable “es una grave falta de diligencia, que consiste (...) en no hacer lo que todos hacen” (Díez-Picazo y Gullón, 1992, p. 216).

3.1.3.3. El dolo

Finalmente, cae en dolo, *ex* artículo 1318 del Código Civil, “quien deliberadamente no ejecuta la obligación”. El dolo, consecuentemente, “es la conciencia, intencionalidad, conocimiento voluntad de infringir el compromiso ante el acreedor” (León Hilario, 2016, p. 108). “El dolo es la llamada culpa intencional, es el elemento subjetivo que anima la actuación del deudor a incumplir su obligación”. (Domínguez Guillén, 2017, p. 230).

Es conveniente precisar que el dolo en la inexecución de las obligaciones no radica precisamente en la intención de generar perjuicios al acreedor; su ámbito se limita a la voluntad de no llevar a cabo la prestación asumida. En esa línea, “no exige en este dolo que contemplamos la intención de perjudicar o dañar, sino la infracción de modo voluntario del deber jurídico que pesa sobre el deudor” (Díez-Picazo y Gullón, 1992, p. 216).

El dolo implica un elemento intelectual; la conciencia. Y un elemento volitivo, referido a la voluntad de violar el derecho del acreedor. Lo que no requiere es el llamado *animus nocendi*, esto es, la intención de dañar. Es suficiente con que tenga la conciencia de que su actuación ocasionará daño al acreedor o que se lo represente como dañoso, y a pesar de eso observe el comportamiento del cual se derive el daño al acreedor (Domínguez Guillén, 2017, p. 230).

En Italia, conforme nos lo informa Gallo (2019), esta directriz ya se encuentra dentro de su jurisprudencia:

Mientras en un primer momento la jurisprudencia interpretaba restrictivamente el concepto de incumplimiento doloso, requiriendo para estos fines no solo la intencionalidad en el incumplimiento, sino también el conocimiento de la causación de daños, en fechas más recientes, se ha llegado a la conclusión de que, a efectos de la acreditar el incumplimiento

doloso, basta la prueba de la intención del incumplimiento, sin perjuicio de ulteriores investigaciones (...) (p. 341).

Por consiguiente, “el incumplimiento doloso es el del deudor que viola a sabiendas y deliberadamente el derecho del acreedor, por ejemplo, el grupo de rock, ya comprometido para actuar en Milán el 30 de junio, carece de compromiso porque prefiere aprovechar la oportunidad agregando un concierto señalado el mismo día en San Francisco” (Roppo, 2016, p. 322).

3.1.4. La acreditación del daño en la inejecución de obligaciones: el daño moral *in re ipsa*

Dado que la inejecución de obligaciones denota un conflicto de intereses, ya que el acreedor se verá defraudado por la falta de cumplimiento de la prestación que se hallaba a cargo del deudor, lo más probable es que aquel acuda a algún medio heterocompositivo de solución de controversias para tratar de buscar una solución al inconveniente acaecido.

Es por esta razón que será importante para el sujeto que pretende el resarcimiento la demostración de todos aquellos daños que se hayan podido derivar de la lesión al derecho de crédito. Y es que, como mencionamos en el primer capítulo de este trabajo, la responsabilidad, tanto la contractual como la extracontractual, dependen para su eficacia de la presencia de un daño.

Así, el artículo 1331 del Código Civil prescribe que “[l]a prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Dicho en otros términos, la carga de demostrar el perjuicio, así como de su evaluación económica, se ubica en cabeza del acreedor. Como precisó en su oportunidad Osterling Parodi (2007): “[q]uien no sufre un daño, aun cuando la inejecución o el cumplimiento irregular obedezca a dolo o a culpa del deudor, carece de título para exigir la reparación” (p. 254).

El dispositivo legal citado *supra* es sumamente relevante, pues gesta una especificación sobre el alcance de la prueba respecto del elemento “daño” dentro del juicio de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, en el sentido de que no bastará acreditar la existencia o la entidad del perjuicio, sino también será necesaria su traducción en términos monetarios. De hecho, Visintini y Pinori (1999) resaltan que es imprescindible, para la obtención del resarcimiento, que el acreedor materialice dos operaciones: “la primera consistente en la identificación del daño luego de la investigación cognositiva sobre su existencia (*an debeatur*) y la segunda en la cuantificación del daño (*quantum debeatur*), es decir, en la conversión al valor monetario del perjuicio” (p. 3).

Ahora bien, a pesar de ello, el artículo 1332 del Código Civil permite que el segundo de los elementos sea paliado por el juez, es decir, que sea el magistrado quien, dadas determinadas circunstancias, pueda ser quien proceda con la liquidación del daño empleando el criterio de equidad.

Las circunstancias que se toman en cuenta para que se pueda utilizar el artículo 1332 son básicamente dos: i) que el acreedor haya efectivamente probado la presencia del daño; y, ii) que el acreedor tenga una gran dificultad de probar el monto exacto del perjuicio que se produjo. En efecto, “[e]l recurso a la equidad presupone, pues, que la prueba de la existencia del daño haya sido dada y que exista una incertidumbre sobre el importe real en presencia de

lagunas de la prueba que no pueden ser subsanadas de otro modo” (Visintini y Pinori, 1999, p. 38).

Entonces, lo que la norma no salva es la prueba efectiva del perjuicio por parte del demandante cuando acciona la responsabilidad por inexecución de obligaciones, tanto así que la cuantificación equitativa llevada a cabo por el juez presupone que el daño haya sido acreditado. Esto se condice con el artículo 196 del Código Procesal Civil cuando dispone que “[s]alvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

Sin embargo, existe una doctrina a favor de que los daños inmateriales gocen de una presunción sobre su existencia, librando de esta forma al acreedor de probar efectivamente su ocurrencia. Es aquí donde se puede hacer mención sobre los así llamados “daños *in re ipsa*”. Monateri, Gianti, y Cenelli (2013) señalan que “[e]n caso de lesión a la persona y a la personalidad, cuando el demandante del resarcimiento es la víctima misma de la lesión, la existencia del daño moral es *in re ipsa*. El actor sólo tiene que probar los hechos que constituyen la lesión de la personalidad que ha sufrido” (p. 123).

Entre nosotros, León Hilario (2017) ha indicado que las lesiones a los derechos de la personalidad que gozan de reconocimiento constitucional (honor, intimidad, etc.), o respecto de los “daños morales puros” (aminoración del estado anímico), no es imprescindible que los magistrados exijan pruebas sobre su acaecimiento, pues estos se deducen de los propios hechos, de ahí que sean reputados como *in re ipsa* (p. 39). También opina así Fernández Cruz (2015), ya que estima que en los casos en los que se encuentren involucrados menoscabos al fuero interno del damnificado, o a sus derechos personalísimos, será suficiente para dar por acreditado el daño que el demandante acredite el acontecimiento que le generó el perjuicio (pp. 192-193). Por último, Buendía de los Santos (2020b), siguiendo las enseñanzas de Franzoni, postula que los daños *in re ipsa* son aquellos que se logran desprender de los hechos mismos en los que se da pie a la lesión del interés tutelado, siendo más común en los escenarios en los que está en juego un derecho de la personalidad (p. 225).

Para dejar más sentada la idea de los daños *in re ipsa*, traeremos a colación un interesante ejemplo que nos ofrecen Farias y Rosenvald (2015b):

El daño moral solo puede ser presumido, o *in re ipsa*, en el plano de las consecuencias sobre las variables subjetivas de la víctima, pero jamás presumido en lo que concierne a la propia demostración de la existencia del daño extrapatrimonial: así que, para atribuir un daño a la intimidad, es desdeñable evaluar si el ofendido se sintió deprimido al punto de tomar medicamentos o internarse en una clínica. Pero, en un giro de 180 grados, no basta con que simplemente afirme que el hecho X le arrancó la credibilidad para que se presuma en su versión un daño moral. La carga de la prueba será indispensable en el línea de la valoración objetiva y concreta del acto violatorio de la intimidad (p. 267).

En el escenario del incumplimiento de las obligaciones, pues se podrá utilizar la categoría del daño *in re ipsa* cuando el acreedor demandante alegue la presencia de un perjuicio moral, no obstante, deberá demostrar los hechos que permitirían deducir que, efectivamente, ese tipo de daño era susceptible de generarse por la no materialización de la prestación a cargo del deudor. Aquí será importante determinar el interés que iba a ser satisfecho por el vehículo de la cooperación implícita en la obligación, para que a partir de allí se pueda vislumbrar si un bien inmaterial del acreedor se encontraba vinculado y pasible de ser lesionado de acuerdo con la regla de previsibilidad, circunstancia en la que se podría emplear los sucedanos

probatorios (presunciones) y dar por acreditado el perjuicio y configurarlo como uno *in re ipsa*.

3.2. La inejecución de obligaciones. El daño moral en el Código Civil y la doctrina

Ahora veremos el desarrollo de nuestra legislación civil en lo que concierne al daño moral provocado por la inejecución de las obligaciones. Así, primero transitaremos por las disposiciones del Código Civil de 1936 y la doctrina que se encargó de interpretarlas, para luego abordar el artículo 1322 del Código Civil de 1984 y lo que sobre él se ha venido afirmando en distintos trabajos de nuestro medio.

3.2.1. El Código Civil de 1936 y el daño moral en la inejecución de obligaciones

Los ordenamientos jurídicos del *civil law* analizados precedentemente, con excepción del novedoso Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, nos mostraron un denominador común al interior de sus códigos civiles: no contemplan una disposición concreta que permita el resarcimiento de los perjuicios morales derivados de la inejecución de las obligaciones. No obstante ello, también hemos advertido que la jurisprudencia y la legislación especial, apoyados profundamente por la doctrina, han tenido a bien admitir la tutela de intereses de contenido no económico bajo las reglas de la “responsabilidad contractual”, por lo que parecería no mediar discusión alguna sobre esta posibilidad en el derecho comparado.

El Perú, por el contrario, a través del artículo 1322 del Código Civil, sí se admite expresamente el resarcimiento de los daños inmateriales por el incumplimiento de una obligación. Este dispositivo, ubicado dentro del Capítulo Primero (Disposiciones generales) del Título IX (Inejecución de obligaciones) del Libro VI (Las obligaciones), anota que: “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”, con lo cual, aquellos acreedores que padezcan un menoscabo no patrimonial dentro del marco de la no materialización o materialización incorrecta de la prestación a cargo del deudor, podrán usar sin mayores inconvenientes las reglas de la responsabilidad por inejecución de las obligaciones.

Aquello, sin embargo, no acontecía en el derogado Código Civil peruano de 1936, dado que de su texto no se podía apreciar una disposición similar a la del artículo 1322 del Código Civil vigente. Así, la máxima de la responsabilidad por incumplimiento en el Código Civil de 1936 se encontraba en el artículo 1323, el cual prescribía:

Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato.

Si bien no se hace mención directa de los tipos de perjuicios que podían ser pasibles de resarcimiento, la doctrina de la época entendía que las normas dedicadas a sancionar a los deudores por la inejecución de sus obligaciones no comprendían a los daños morales, sino únicamente a los materiales o patrimoniales, como el daño emergente y el lucro cesante.

León Barandiarán (1992), comentado referido artículo 1323, daba luces sobre los daños que podían ser reparados bajo el contexto del incumplimiento de obligaciones. En principio refería que la condena al pago de un resarcimiento por la inejecución de la prestación es una consecuencia lógica y natural, pues el deudor no podía quedar impune ante el

quebrantamiento de un deber previamente asumido frente a su acreedor. En ese sentido, la sanción no vendría a ser más que el pago de una suma que represente las pérdidas sufridas (*damnum emergens*) y las ganancias dejadas de obtener (*lucrum cessans*), es decir, daños materiales (p. 629 y ss.).

Sin embargo, más adelante el autor se cuestiona si cabe una reparación para los daños morales que podría sufrir el acreedor por el incumplimiento, dando al final de su análisis una respuesta negativa. En efecto, si bien partía por admitir que en las relaciones obligatorias podían hallarse inmersos intereses no económicos y que en Francia la doctrina y la jurisprudencia se mostraban admisibles al tema del resarcimiento de los perjuicios morales en sede contractual, rendía cuenta que, bajo la lupa de las disposiciones consagradas en el Código Civil de 1936 (especialmente el artículo 1148), los daños morales sólo eran reparados cuando emergían de actos ilícitos, procediéndose en tal caso al empleo de las reglas de la responsabilidad extracontractual.

Así, el autor culminaba sus reflexiones con la siguiente frase: “[F]uera de los supuestos del acto ilícito, el daño moral sólo puede ser tomado en cuenta en los casos expresamente determinados por la ley”, con lo cual quedaba claro su postura de cerrar las puertas al resarcimiento del daño moral en las hipótesis de incumplimiento de obligaciones.

De igual opinión se mostraba Castañeda (1963), quien, siguiendo de cerca las disposiciones del Código Civil de 1936, afirmaba que el requerimiento de una “indemnización” por parte del acreedor a su deudor viene a ser un “efecto de las obligaciones” (artículo 1233 inciso 3). Proseguía sosteniendo que, de acuerdo al artículo 1320, dicho “efecto” surgía de la presencia de daños que se originaban cuando el deudor procedía con culpa o dolo en el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de sus obligaciones o, cuando de plano, no se ejecutaban (p. 96 y ss.).

Además, Castañeda era muy enfático cuando refería que la reparación de los daños derivados de la falta del deudor en el desenvolvimiento de la prestación representaba “las compensaciones a que tiene derecho el acreedor por el desmedro sufrido en sus bienes y por la utilidad que hubiese dejado de percibir”, es decir, los perjuicios por incumplimiento se reducían al daño emergente y al lucro cesante experimentado por el acreedor.

Por su parte, Rey de Castro (1972) estimaba, en la misma dirección trazada por la renombrada voz de León Barandiarán, que la reparación de los daños morales no tenían cabida cuando estos se desprendían del incumplimiento de un contrato, esto más que todo por dos razones: i) la influencia del Código Civil francés de 1804 que, al amparo de su artículo 1149, no dejaba margen de duda de que los únicos perjuicios resarcibles en el campo de la inejecución eran los materiales o patrimoniales; y, ii) el daño moral dentro del Código Civil peruano de 1936 se encontraba ubicado exclusivamente en el rubro de los actos ilícitos, es decir, de la responsabilidad civil extracontractual, por lo que no podía ser guiado al campo de la responsabilidad contractual. No obstante, admitía que la doctrina francesa (en este caso cita a Planiol, Ripert, Jossierand, Demogue, etc.) sí era partícipe de la reparación del daño moral en los casos de inejecución de obligaciones (pp. 344-345).

Entonces, partiendo del estudio de las coordenadas trazadas por el Código Civil de 1936, nuestros más grandes autores no aceptaban el resarcimiento del daño moral cuando este se desprendía de la lesión al derecho de crédito que ostentaba el acreedor, esto a pesar de tener pleno conocimiento de que en otras realidades, que dicho sea de paso tenían fuerte influencia sobre nuestro ordenamiento jurídico, ya admitían ello a través del canal jurisprudencial y doctrinario.

3.2.2. El daño moral en la responsabilidad por inexecución de obligaciones en el Código Civil de 1984

Presenciada la inexecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de una obligación, que a su vez resulta ser imputable al actuar culposo (o doloso) del deudor, será sencillo colegir que la tutela resarcitoria de carácter contractual será procedente a favor del acreedor si este llegó a sufrir daños.

Si nos concentramos únicamente en el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil, tendremos que los daños que pueden ser reclamados son: el daño emergente y el lucro cesante, ambos de claro contenido patrimonial (“El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución”). Empero, de inmediato se agrega una regla valiosa y prácticamente única para la época en la que entró en vigor el Código Civil: la inexecución de una obligación puede acarrear daños de corte moral, inmaterial o no patrimonial, los mismos que pueden ser bien compensados a través de sus disposiciones, es decir, sin necesidad de acudir al estatuto aquiliano (responsabilidad extracontractual). Así, el artículo 1322 prescribe: “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

Osterling Parodi (2007), autor de la ponencia del artículo bajo examen, siempre admitió que la disposición era novedosa dentro de la legislación nacional, en el sentido de que se reconocía y permitía que los derechos de personalidad o los valores no pertenecientes al campo económico sean resarcidos con los estamentos de la responsabilidad por incumplimiento cuando el perjuicio haya ocurrido por una falta cometida por el deudor en la ejecución o inexecución de la prestación a su cargo (p. 244).

Al parecer, la influencia para decidir la incorporación del precepto que ampara la compensación del perjuicio moral por el no cumplimiento de las obligaciones radicó, sobre todo, en los estudios desarrollados por la doctrina argentina:

Distinguidos tratadistas argentinos como Alfredo Colmo y Héctor Lafaille se pronuncian sin restricciones por el resarcimiento del daño moral en la inexecución de las obligaciones.

Dice Alfredo Colmo, al referirse al daño moral, “que no puede haber Código con soluciones que pugnan contra el más elemental sentido jurídico. Por encima de textos literales, fuera de preceptos taxativos, está el espíritu de la legislación, está la conciencia jurídica, que valen, cuando son generales y fuertes, como aquí pasa, por todos los artículos imaginables”.

Héctor Lafaille, por su parte, expresa que “el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial. Aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos” (Osterling Parodi, 2007, pp. 244-245)

Esto permitió al ponente aseverar que “las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales, o de daños morales que engendren o no perjuicios económicos” (Osterling Parodi, 2007, p. 245).

Este mandato fue apreciado por el resto de la doctrina nacional, pues creían adecuado que los derechos de la personalidad, así como otros intereses valiosos sin contenido económico del acreedor, sean también tomados en cuenta cuando la inexecución de las obligaciones les haya propiciado algún tipo de menoscabo. Al respecto, Morales Godo (2009) nos da cuenta del pensamiento de Cárdenas Quiroz y de Fernández Sessarego:

Cárdenas Quirós, al comentar el Código Civil Peruano de 1984, considera que el “daño subjetivo” se presenta tanto en la responsabilidad extra-contractual como en la contractual. Considera que el artículo 1322 cuando se refiere al daño moral, debió decir daño a la persona, para que de esta forma concuerde con el artículo 1985 del mismo Código, no debiendo decir “resarcimiento”, sino “reparación”.

Fernández Sessarego, por su parte, señala que, para el Código Civil Peruano, el daño moral también es susceptible de reparación en los casos de inexecución de obligaciones contractuales, conforme a la taxativa regla establecida en el artículo 1322. Se muestra decidido partidario de esta norma y (...) precisa que el daño moral debe ser reparado sin restricciones, autónomamente, sin que sea condición que se haya producido un daño patrimonial (p. 493).

Y, el propio Morales Godo (2009) opinaba que “el daño a la persona debe ser reparado, sea que provenga el acto dañoso de un acto ilícito o provenga del incumplimiento de una obligación convencional” (p. 493).

Solo como aclaración, tanto Fernández Sessarego, Cárdenas Quiroz y Morales Godo no aceptan la noción amplia del daño moral. Esta es la razón por la cual prefieren utilizar términos como los de “daños a la persona” o “daño subjetivo” cuando comentan el artículo 1322 del Código Civil, pues, según su parecer, esta sería la única salida para brindar una adecuada tutela de los bienes no patrimoniales del acreedor (prácticamente desconociendo la propia explicación que Osterling Parodi diseñó en su ponencia).

A propósito de lo anterior, por nuestra lado resaltamos solo el hecho de que consideren que la responsabilidad por inexecución de obligaciones es apta para salvaguardar los intereses no económicos de la parte dañada, pues, como esperamos haberlo dejado sentado en el Capítulo I de este trabajo, el concepto de daño moral en nuestro ordenamiento jurídico no es restringido (abarca la lesión a los derechos de la personalidad, tales como la intimidad, la imagen, el honor, etc., así como también el dolor y sufrimiento emocional).

Quien también parece reconocer lo adecuado de consagrar una norma que permite el reclamo del daño moral en la inexecución de obligaciones es Calderón Puertas (2013), pues en su trabajo señala que, en la época de entrada en vigor del Código Civil (1984), el artículo 1322 iba acorde con los pronunciamientos que la jurisprudencia francesa e italiana brindaban a favor de esta posibilidad, cuestión compartida por la doctrina argentina (pp. 282-283).

No obstante ello, al igual que los autores citados en el párrafo anterior, coincide en que el “daño moral” debe entenderse en este campo como “daño a la persona”, tanto así que propone la siguiente redacción para dicho dispositivo legal: “El daño a la persona, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de reparación”. Nuevamente, no es que sea necesario cambiar la nomenclatura “daño moral” por “daño a la persona” para asimilar una protección total del acreedor cuando se lesiona alguno de sus derechos inmateriales, ya que aquel, en su concepción amplia (que es justamente la que se tomó para la construcción del artículo 1322 del Código Civil) representa todo tipo de perjuicio no económico, que incluye, desde luego, la integridad psicofísica (“daño a la persona”).

Lo mismo se puede decir para la opinión de Fernández Cruz (2019), quien si bien no realiza objeciones a la posibilidad de reparar los daños carentes de contenido pecuniario en el incumplimiento de obligaciones, reitera que la circunstancia de no haberse incluido en el artículo 1322 del Código Civil la categoría de “daño a la persona”, este igual debe poder compensarse por el modelo *numerus apertus* de la tutela resarcitoria contractual:

Tal como se puede apreciar, existe un acogimiento normativo al daño moral y existe un silencio absoluto sobre el daño a la persona en el régimen por inexecución de obligaciones. (...)

El silencio de la voz “daño a la persona” en materia de inexecución de obligaciones, no debe llevar a pensar, sin embargo, que por ello no es resarcible en este régimen de responsabilidad, dado que no se trata de un *numerus clausus* de voces de daño (...) (pp. 99-100).

Partidario de la inclusión del resarcimiento del daño moral en el campo de la inexecución de obligaciones es Pazos Hayashida (2020). Dicho sea de paso, este autor formula fuertes críticas contra aquellos que aseveran que fue un “error” no incluir en el artículo 1322 del Código Civil al “daño a la persona”, o que, con la finalidad de salvaguardar el interés del acreedor, en este particular caso el daño moral deba ser concebido como un sinónimo del daño a la persona:

Afirmar que el artículo 1322 contempla sólo al daño moral en sentido estricto no es sólo desconocer la intención del legislador, sino (y esto es más peligroso) considerar la posibilidad de que se generen daños de carácter extrapatrimonial que no puedan ser indemnizados en supuestos de responsabilidad contractual. En este entendido, sería absurdo considerar que alguien que ha sido afectado físicamente durante la ejecución, por ejemplo, de un contrato de prestación de servicios médicos, no pueda ser indemnizado.

En conclusión, el artículo 1322 se refiere al daño moral en su acepción amplia, abarcando todo tipo de daños extrapatrimoniales generados en el ámbito de la inexecución de obligaciones. En esta medida, en la concepción que da fundamento a dicho sistema, no hay cabida para el daño a la persona. Por ende, los supuestos problemas de su falta de regulación, no son tales (p. 862).

De idéntico parecer ubicamos a León Hilario (2016), quien acepta que los daños morales puedan verse resarcidos en la responsabilidad por incumplimiento, poniendo de ejemplo el caso de las lesiones a la integridad física que sufre un paciente por el incorrecto obrar del personal médico, empero, cuestiona severamente a los que insisten en informar que sólo la expresión “daño a la persona” es la que hubiese blindado enteramente al acreedor dañado en sus atribuciones no patrimoniales por la inexecución de la prestación:

En el Código Civil peruano el daño moral está reconocido en los dos campos de la responsabilidad civil: en la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, *ex art.* 1322 CC, y en la responsabilidad extracontractual, *ex art.* 1984 y 1985 CC. (...)

[E]l “daño a la persona” se revela como una categoría inútil, atendiendo a que repite, duplica, redundante en una tutela que ya tenía reconocimiento mediante el daño moral, tal como lo acredita la casuística acumulada bajo el Código Civil de 1936 y el hecho, igualmente comprobable, de la tutela concedida a los damnificados en el marco de la ejecución de prestaciones propias de la relación médico-paciente. En este último caso, el art. 1322 CC, con su exclusiva mención al “daño moral”, no parece haber tenido ningún inconveniente, en tres décadas de vigencia del Código Civil, para ser interpretado como categoría incluyente de las lesiones a la integridad psicofísica de los pacientes, ocasionadas por médicos privados, dependientes de centros de salud (afiliadas, a su vez, a entidades prestadoras de salud) o meros usuarios de las instalaciones de centros de salud (pp. 64-69).

Castillo Freyre (2017), en esta misma línea, menciona que los daños morales pueden ser reparados por las normas de la inexecución de obligaciones sin mayores inconvenientes:

Los daños que el incumplimiento ocasione podrían ser no patrimoniales. Este tipo de daño es denominado por nuestro sistema como daño moral. Al respecto, cabe anotar que el daño moral es el daño no patrimonial, pues está inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Así, el daño moral muchas veces tiende a satisfacer una indemnización cuando se afectan valores de orden extrapatrimonial, entre los que se puede citar a los afectos, los sentimientos, las aflicciones, las penurias, el honor y la buena reputación de una persona (pp. 146-147).

Ahora anotamos lo expuesto por Escobar Rozas (2014), autor que también admite que los perjuicios morales pueden ser materia de resarcimiento cuando tengan lugar por el incumplimiento de las obligaciones:

Quando una persona sufre un daño extrapatrimonial, el sistema legal puede ordenar el pago de una suma de dinero a su favor con un solo fin: incrementar sus recursos financieros para darle la opción de adquirir bienes o servicios que puedan generarle algún placer. Se parte de la premisa de que el placer que se adquiriera con el dinero entregado razonablemente ayudará a mitigar el sufrimiento impuesto con el incumplimiento de la obligación contractual o del deber extracontractual. Por esta razón, el monto de la indemnización es fijado en función de los niveles de sufrimiento que experimenta la víctima. La persona que sufre por haber quedado inválida como consecuencia de una operación defectuosamente practicada y la persona que sufre por la ruptura de esponsales no pueden recibir el mismo monto indemnizatorio (p. 251).

Para culminar con nuestro repaso de la doctrina nacional, Buendía de los Santos (2020c) entiende que en nuestro sistema sería conveniente emplear el rotulado de “daños no patrimoniales” en el campo de la responsabilidad civil, ya que lo más importante sería el resarcimiento de los perjuicios que se puedan generar a los bienes más valiosos de las personas, como sus derechos fundamentales, por lo que estima abiertamente admisible que ello ocurra en las hipótesis de inejecución de obligaciones, máxime si se cuenta con un dispositivo como el artículo 1322 del Código Civil (pp. 195-196).

Pues bien, parece no existir ningún tipo de duda de que en nuestro ordenamiento jurídico se acepta la reparación de los daños morales ante la inejecución o inexacta ejecución de las obligaciones. Es decir, además del dato positivo (artículo 1322 del Código Civil), que de por sí facilita enormemente la labor de inclusión del menoscabo inmaterial dentro de la lista de aquellos perjuicios que se ven acogidos por las reglas de la responsabilidad por incumplimiento, las opiniones que sobre el tema se han vertido han sido favorables, pues se aprueba que, ante la lesión del interés del acreedor por culpa del deudor, tengan lugar el resarcimiento los daños no económicos cuando estos se hayan producido.

Cabe agregar que el resarcimiento de los daños morales en el ámbito de la tutela resarcitoria contractual se debe a que, dentro de las obligaciones, pueden encontrarse, como parte de su estructura, intereses no patrimoniales que el acreedor pretende alcanzar por medio de la prestación que emana de la relación de cooperación que lo ata con su deudor. Si bien Osterling Parodi utiliza el argumento de la “justicia” para dar cabida a la reparación de los perjuicios inmateriales en la inejecución de obligaciones, no es menos cierto que esto no siempre ocurrirá, y no por ello se podrá calificar como injusta dicha situación. Sólo en los casos, al menos como principio, en los que se integre y se constituya como pilar fundante del vínculo obligatorio un interés moral, ante la lesión del crédito, se hará viable el resarcimiento del perjuicio inmaterial. Si el interés moral no tiene tal asidero, la reparación de estos daños no debería tener espacio alguno.

No debe creerse que el artículo 1322 del Código Civil apoya el resarcimiento indiscriminado de cualquier malestar que el acreedor tilde convenientemente como “daño moral”. De hecho, parece incuestionable que todo titular de un derecho de crédito se muestra insatisfecho o incómodo cuando su deudor falta al cumplimiento de la prestación debida, pero este escenario se encuentra muy lejos de encajar en la noción de “daño moral”. Como apunta Solé Feliu (2009):

[E]l perjuicio [inmaterial] tiene que constituir un “plus” o “añadir algo” a la simple incomodidad o al malestar que todo acreedor experimenta habitualmente ante el incumplimiento de su deudor contractual. El riesgo de que se produzca un incumplimiento se encuentra implícito en toda relación contractual, y así lo asume cada una de las partes

contratantes. Lo contrario, implicaría reconocer una indemnización automática por daño moral en todos los supuestos en que exista incumplimiento contractual (p. 30).

Ese “plus” del que nos habla el autor español se enmarca en los intereses que las partes ponen en juego dentro de la relación obligatoria, ya sea por expresión de su autonomía privada o por el fenómeno de la integración normativa. Aquellos bienes inmateriales que gocen de un valor trascendental y que se hayan incluido en el título de la obligación, serán resarcidos si se aprecian daños por la falta del deudor en la materialización de la prestación.

Así, el que los perjuicios puedan ser reputados como consecuencias necesarias del incumplimiento tiene que llevar a sostener que los daños morales pasibles de resarcimiento también deberán ser una expresión común de la inexecución de prestación adeudada, circunstancia que se determinará a través del análisis del tipo de interés que constituye el objeto del título de la obligación (Solé Feliu, 2009, p. 31).

Por eso, para el resarcimiento de los daños morales en la inexecución de obligaciones podrá tenerse en consideración los “contratos de protección”, como aquellos que se celebran dentro del sector salud⁸⁰ o con los centros educativos; empero, también se podrá recurrir a la esencia propia de los derechos de la personalidad o cualquier otro bien no económico valioso para el ordenamiento jurídico cuando alguna disposición legislativa los inserte dentro del tejido de la relación obligatoria, como en el caso de los contratos de trabajo o del contrato de transporte de personas (Anzani, 2011, p. 406).

Lo que venimos esbozando se halla dentro de los parámetros de nuestro ordenamiento jurídico, pues, al referir que el “interés moral” puede ser compensado en el campo de la responsabilidad por incumplimiento, no se hace otra cosa que acudir al denominado “criterio de previsibilidad” contemplado en el artículo 1321 del Código Civil.

En efecto, el resarcimiento del perjuicio inmaterial en la inexecución de obligaciones se encuentra sujeta a la regla de previsibilidad, esto es, que los daños morales se repararán, ante un comportamiento calificado como culposo (leve o inexcusable) o doloso, si los intereses de dicha naturaleza son enmarcados al interior de la relación obligatoria como parte de los riesgos asumidos por el deudor. De ahí que el daño moral será pasible de resarcimiento vía responsabilidad contractual cuando: i) los intereses no patrimoniales adquieran importancia en el marco del vínculo obligatorio; ii) la prestación esté específicamente destinada a su satisfacción; o, iii) los intereses se encuentran incluidos dentro del área de protección que ofrece el título de la obligación (Mazzamuto y Plaia, 2012, p. 63).

Sobre la regla enunciada se puede, a nuestro modo de ver, construir una excepción a partir de las disposiciones normativas del Código Civil. Si bien hemos insistido en que el daño moral será resarcido en el campo de la responsabilidad por inexecución de obligaciones cada vez que el interés no patrimonial se encuentre inmerso en la relación jurídica del acreedor y deudor, también lo será, a pesar de que lo último no acontezca, cuando el incumplimiento se desprenda del dolo o de la culpa inexcusable. Lo que estamos diciendo es que el dolo y la culpa inexcusable permiten el resarcimiento de los daños morales cuando estos, a diferencia de lo que ocurre con el mandato general, son imprevisibles.

Siguiendo nuestro marco teórico desarrollado con anterioridad, la función que cumpliría el daño moral “imprevisible” acaecido por la intencionalidad o la extrema negligencia del deudor en el desenvolvimiento incorrecto de sus obligaciones, sería de naturaleza

⁸⁰ “[E]l cirujano que, por negligencia, haya causado al paciente la pérdida de la función de alguna de sus extremidades estará obligado a resarcir no sólo el daño patrimonial –daño emergente (gastos de rehabilitación) y lucro cesante (la posible disminución de su capacidad de ingresos)- sino que también el daño no patrimonial (el sufrimiento moral, la turbación de ánimo que le haya causado la minusvalía sufrida, etc.)” (Torrente y Schlesinger, 2019, p. 450).

sancionadora, dado que se procedería a condenar al pago del resarcimiento de daños que no se ubicaban dentro de la órbita de resguardo del título de la obligación, esto por la forma altamente reprochable en la que el deudor se manejó cuando inejecutó sus deberes.

La idea expuesta *supra* no es nada novedosa en el área del derecho privado y la responsabilidad civil (contractual y extracontractual), máxime cuando lo que se busca es punir y, con ello, desincentivar los malos comportamientos. Por ello, De la Maza Gazmuri (2018) piensa que el dolo y la culpa inexcusable aperturan el resarcimiento de los daños morales imprevisibles como una recriminación por el mal obrar: “al comportarse de manera especialmente reprochable, el deudor se ha puesto más allá del ámbito de protección del contrato y, de esta manera, responde por la lesión de intereses extrapatrimoniales, aun cuando estos, originalmente, no quedaran cubiertos por el ámbito de resguardo del contrato” (p. 302).

Entonces, los intereses morales que no se encuentren inmersos en la relación obligatoria no serán susceptibles de compensación debido a la regla de la previsibilidad, sin embargo, esto será procedente si es que el deudor incumple de forma dolosa (artículo 1318 del Código Civil) o con culpa inexcusable (artículo 1319 del Código Civil), pues aquí lo que se pretende es castigar su mala conducta. Dicho en otras palabras, el dolo y la culpa inexcusable permiten el resarcimiento de los perjuicios inmateriales aún cuando se presentan como imprevisibles por la necesidad de sancionar al deudor, evidentemente, siempre que dichos perjuicios mantengan una relación directa con el interés defraudado por la no verificación de la prestación tal cual lo ordena el artículo 1321 del Código Civil.

La conclusión sería que el artículo 1322 del Código Civil no representa una puerta abierta para la alegación y solicitud del resarcimiento por daños morales ante la inejecución de una obligación, contrariamente, con el fin de evitar el peligro de las compensaciones fútiles y engañosas, será tarea del decisor acudir a la racionalidad global del sistema de la responsabilidad contractual que ofrece los justos límites a esta forma de pretensión resarcitoria, es decir, al nexo de causalidad, la previsibilidad de los daños en el momento en que nació la obligación, la complicidad de la culpa del mismo acreedor, la eventual exoneración por culpa leve, etc. (Amato, 2011, p. 308).

Estos detalles no los hemos visto desarrollados en la doctrina nacional, quizás porque se asumía que el daño moral, como todos los demás, debía sujetarse a las reglas de la previsibilidad; no obstante, prefiriendo pecar por exceso que por defecto, creímos conveniente forjar dichas precisiones.

3.3. La inejecución de obligaciones. El daño moral en la jurisprudencia peruana

La judicatura nacional ha tenido ocasión de conocer y resolver casos en los que el demandante (acreedor) solicitaba un resarcimiento bajo los reflectores de la responsabilidad contractual argumentando que la parte demandada (deudor) le habría propiciado un menoscabo inmaterial a causa del incumplimiento o mal cumplimiento de la prestación adeudada (artículo 1322 del Código Civil). En ese sentido, la importancia de este apartado se ubica en el análisis y evaluación de los fallos judiciales para, a partir de allí, determinar si nuestros magistrados aplicaron correctamente las reglas de la responsabilidad por inejecución de obligaciones cuando el perjuicio que estaba de por medio era uno de naturaleza moral.

Definitivamente hay algunos escenarios que son más comunes que otros. En el primer grupo se pueden vislumbrar supuestos como la responsabilidad por despido o por accidentes de trabajo, de la misma forma que la responsabilidad médica, incluso la responsabilidad de los

funcionarios públicos por daños derivados del incumplimiento de sus funciones frente al Estado. En el segundo grupo se podrían rescatar pronunciamientos en los que han estado involucradas instituciones educativas, así como empresas del rubro bancario y de seguros.

3.3.1. Daño moral en el despido de trabajadores

De acuerdo a la legislación laboral, si entre dos sujetos existe una relación jurídica que involucre un servicio remunerado y subordinado, entonces se presume la existencia de un contrato de trabajo (artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR). Al hallarnos frente a un contrato, no habría problemas en afirmar la existencia de obligaciones entre ambas partes, por lo que la inejecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de alguna de ellas podría originar la condena al pago de un resarcimiento bajo el estatuto de la responsabilidad por incumplimiento. Esta circunstancia, felizmente, tiene aceptación en la jurisprudencia, pues en la Casación N° 412-2016-Lambayeque, sobre un caso en el que se reclamaba el resarcimiento de sendos daños morales y económicos por un despido “injusto, arbitrario y abusivo”, los jueces supremos indicaron que la Sala Superior, al avalar la decisión del *a quo*, cometió el error de resolver el pleito con algunas de las disposiciones de la responsabilidad extracontractual:

Quinto.- Estando a lo expuesto, tenemos que la Sala de Revisión al confirmar la apelada y respaldar los argumentos expuestos en ella, contraviene el llamado principio de congruencia, al advertirse lo siguiente:

- El *a quo*, [en] su noveno considerando, determina que el caso *sub judice* es una responsabilidad civil extracontractual, respaldando la misma con el artículo 1979 del Código Civil.
- En la parte *in fine* de su décimo considerando, señala que la responsabilidad civil nace producto de un contrato de trabajo recibe como tratamiento las normas que regulan el sistema de responsabilidad civil contractual, la cual es regulada por el artículo 1314 y siguientes del Código Civil.
- El su décimo sexto considerando, fundamenta el daño emergente tanto con las disposiciones del artículo 1321 del Código Civil, referido a la responsabilidad contractual y del 1985 de la misma norma, referida a la responsabilidad extracontractual.

En suma, la decisión de la apelada, se sustenta tanto en normas que regulan la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual, antinomia que afecta la correcta motivación de resoluciones judiciales y que lamentablemente la Sala Superior no ha advertido, por el contrario, la respalda al confirmarla en todos sus extremos.

Sexto.- Siendo esto así, resulta necesario que las instancias de mérito precisen lo siguiente: (...) Tomar en consideración lo expresado por el Supremo interprete de la Constitución en el Expediente N° 2859-202-AA/TC-Lima, señalando: “Que la responsabilidad contractual es aquella que deriva de un contrato celebrado entre las partes, donde uno de los intervinientes produce daño por dolo, al no cumplir con la prestación a su cargo por culpa en la inejecución de la obligación, por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, la cual debe ser indemnizada”.

Ahora bien, así como hay obligaciones, también existen situaciones jurídicas que favorecen a los sujetos que integran la relación contractual, las mismas que, no obstante, deben ser adecuadamente aprovechadas, dado que, si su incorrecto ejercicio acarrea daños, estos serían también pasibles de reparación.

En este sentido, se prevé la potestad a favor del empleador de poner fin al vínculo laboral de manera unilateral a través de la figura del despido, pero siempre dentro de los márgenes establecidos por la ley (artículo 16 literal “g” del Decreto Supremo N° 003-97-TR).

Lo que ha ocurrido en nuestro medio es que, en no pocas ocasiones, se han producido grandes daños de corte moral a través del acto de despido, sobre todo cuando el empleador denigra o aminora el contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador. Aquí, como debería ser evidente, no se emplean los remedios que la legislación laboral prevé para los casos de despido arbitrario o despido nulo (artículos 34 y 38 del Decreto Supremo N° 003-97-TR), sino el régimen de responsabilidad por inexecución de obligaciones consagrado en el Código Civil.

Entre nosotros ya se ha dicho que en los escenarios de despidos (arbitrarios y nulos) pueden tener cabida daños pasibles de resarcimiento, sin embargo, estos, para su evaluación y liquidación, requieren de la observancia de las reglas generales de la responsabilidad por inexecución de obligaciones. Y es que los perjuicios que se pueden apreciar son aquellos que ingresan a la calificación de inmateriales o morales, sobre todo cuando el acto de despido apareja un trato abusivo e indigno por parte del empleador, generándose así una vulneración a los derechos de la personalidad del trabajador despedido (León Hilario, 2017, p. 65).

No debería generar problemas aprobar el resarcimiento cuando el empleador atribuye acusaciones infundadas a su trabajador para despedirlo, lo mismo cuando procede a investigar las actividades políticas y sindicales del subordinado para romper con la relación de trabajo, así como tampoco cuando se forjan indagaciones sobre aspectos de la vida personal del empleado sin que esto tenga relevancia alguna para la actividad que este lleva a cabo en el centro de trabajo (Barros, 1997, p. 167).

Entonces, el despido *per se* no genera daños inmateriales, sino sólo cuando quebranta derechos no económicos y valiosos del trabajador. La Corte Suprema ha asimilado esta concepción de manera correcta en la Casación N° 4385-2015-Huancavelica, puesto que, si bien el demandante pedía el reconocimiento de un resarcimiento de sendos inmateriales por el mero hecho de haber sido víctima del cese colectivo irregular, los magistrados fueron sumamente enfáticos al señalar que la procedencia de la reparación del daño moral (cuyo concepto adoptado es el amplio, cuestión que compartimos) solamente se podría verificar si es que se cumplía con acreditar la lesión a los derechos de la personalidad. No está demás resaltar también que, para llegar a tal conclusión, distinguieron correctamente la “indemnización por despido arbitrario” con el “resarcimiento de perjuicios”, siendo sólo este último el que se encuentra vinculado a la responsabilidad civil:

Noveno.- Como, se ha sostenido, la indemnización por despido cumple una función de resguardo -no de la integridad tutelada mediante las normas de la responsabilidad civil- sino de la estabilidad económica del trabajador, que ve roto su vínculo con el empleador, por una decisión arbitraria o nula. Es una admisión legal de la circunstancia de que el trabajador necesita un soporte pecuniario que lo auxilie mientras provee su recolocación. De aquí la vinculación que el legislador establece entre el monto de la indemnización y los años efectivos de la labor prestada, así como la necesidad y lógica de **adicionar a dicha suma, siempre que se cumplan las condiciones, de un resarcimiento por los daños causados por el conjunto de circunstancias probablemente lesivas de los derechos del trabajador, cuyo episodio final haya sido el despido.**

Décimo.- No hay que olvidar que el artículo 23 de la Constitución Política del Perú, establece que la relación laboral no puede menoscabar los derechos fundamentales y la dignidad del trabajador. Si bien es cierto que el trabajador se somete en virtud de la subordinación a las órdenes del empleador, no abdica de los derechos fundamentales que le corresponden como persona. A eso es lo que se le llama derechos del trabajador ciudadano. Es decir, el

trabajador ingresa en la relación laboral con el cúmulo de derechos fundamentales que le corresponden como ciudadano, tales como los derechos a la libertad de expresión, a la privacidad, a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la libertad religiosa, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad.

Décimo primero.- En ese contexto, el rotular el daño moral, como un daño psicosomático, es una visión que no concuerda, ni con la historia, ni con la importante función que cumple esta categoría, en atención a la finalidad preventiva y sancionadora. En el lenguaje del Código Civil; y sobre todo en las reglas de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, el daño moral, no solo es el sufrimiento, padecimiento anímico o dolor, sino también una especie lo suficientemente dúctil y amplia como para comprender las lesiones contra los derechos de la personalidad. **Si el despido tiene lugar por causas que acreditan el atentado contra tales derechos entonces procederá el resarcimiento.** El cual es distinto de la indemnización que no requiere ulterior verificación y que se pondera económicamente según la tarifa indicada en la ley.

Décimo segundo.- Compensar el daño moral, en sentido estricto, en atención a la aflicción psicológica, que causa la pérdida de la fuente de ingresos es incorrecto, porque implica dar por sentado, que en todos los casos tendrá lugar ese impacto anímico en el trabajador; y porque exagera la consideración de la culpa leve del empleador, la única que puede presumirse según el artículo 1329 del Código Civil, hasta incluir dentro del ámbito de este criterio de imputación, consecuencias que dependen, muy por el contrario de la situación de la persona que reclame el resarcimiento. El Código Civil, señala que el acreedor responde hasta el límite por los daños previsibles, salvo que incurra en error o en culpa grave. Hacer pasar la aflicción como daño previsible, implicaría que el empleador conoce la particular situación de cada trabajador, con lo cual se expande injustamente el espectro de la responsabilidad civil del empleador hasta límites indeterminables, pues ningún sector privado podría cubrir por anticipado el riesgo, para el empleador de una demanda de daño moral protegido con la responsabilidad civil. (...)

Décimo sexto.- Atendiendo a las denuncias invocadas por el impugnante, procedido con la revisión de autos, así como con el análisis de la sentencia recurrida, se colige que la misma se encuentra arreglada a ley. Debe observarse que la Sala de mérito, efectuando una correcta interpretación de la norma, aplicó debidamente los alcances regulados por los artículos 1321 y 1322 del Código Civil –normas que regulan, el resarcimiento por daño moral, en el caso de incumplimiento de obligaciones– a fin de establecer que en el caso concreto no se han acreditado los supuestos previstos a fin de establecer la existencia del nexo causal entre la conducta antijurídica (que alega no se observó oportunamente) con el daño moral invocado.

Décimo séptimo.- Compartiendo, el razonamiento arribado, resulta correcto indicar, que la Sala Superior hace bien en sostener si bien todo cese o despido, afecta el ánimo del trabajador, éste no puede ser elemento suficiente para concluirse que el daño moral deriva de la extinción de la relación laboral, pues como se ha venido desarrollando en la presente resolución, tal situación solo se presenta cuando se vulneren los supuestos previstos por el artículo 23 de la Constitución Política del Perú, es decir, cuando en la relación laboral se menoscaben derechos fundamentales, como el derecho al trabajo, a la integridad de la persona o conductas que provoquen el menoscabo jurídicamente relevante en la esfera afectiva o sentimental del trabajador como la imputación injustificada de conductas delictivas o contrarias a la moral o a la ética que afectan el honor o reputación del trabajador. (...).

Un aspecto interesante que también nos arroja la casación *in comento* es que se acepta la idea del área de resguardo o protección del contrato cuando, en el considerando décimo, se pone de manifiesto que ciertos derechos de la persona que recaen en el sujeto que cumple el rol de trabajador en la relación jurídica son integrados al acuerdo que este se suscribe con el empleador y que da origen a dicho vínculo, ello con base en una disposición de nuestra Constitución Política vigente (artículo 23).

Volviendo al asunto de la necesidad de una lesión manifiesta de los derechos fundamentales o de los derechos de la personalidad de un trabajador en las hipótesis de despido para la admisión del resarcimiento por daño inmaterial, debemos informar que la Primera Sala Especializada Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad en varias de sus sentencias ha plasmado cabalmente esta idea. Así, en la decisión contenida en la Resolución N° 9 del Expediente N° 4564-2014-0-1601-JR-LA-05, el Colegiado revocó el extremo de la sentencia de primera instancia que había brindado una compensación por perjuicio moral a causa del despido:

3. (...) En este caso, esgrimiéndose en la demanda un daño moral, la carga de la prueba debe entenderse referida no a la probanza de sufrimiento o aflicción provocada en la víctima, dado que, se trata de sentimientos que en sí mismos son de imposible probanza, sino de los hechos concretos específicos generadores del menoscabo producido en la víctima. Sin embargo, **sobre la existencia de hechos concretos específicos que habrían provocado el daño moral alegado, no existe prueba alguna en el proceso (...), no cabiendo ordenar la indemnización por daño moral, pues dicho daño no es una consecuencia automática de un despido injusto o inconstitucional, sino el colofón de situaciones fácticas concretas con motivo de un despido inconstitucional, oportunamente alegadas y probadas en el proceso** (el resaltado es nuestro).

De la misma manera procedió el Tercer Tribunal Unipersonal de la referida Sala en la sentencia contenida en la Resolución N° 8 dictada en el Expediente N° 6151-2013-0-1601-JR-LA-03:

3. (...) [E]l Colegiado de la Primera Sala Laboral al que se encuentra adscrito este Tribunal Unipersonal, ha venido señalando a lo largo de su jurisprudencia, que solamente procede la indemnización por daño moral como consecuencia del despido en los casos en los cuales se acredita o se presenta una situación fáctica singular que denote una grave afectación a los sentimientos de la víctima, produciéndole una gran aflicción (...). [S]e han establecido casos en los que esta Sala ha amparado la indemnización por daño moral, pero en todos ellos el motivo por el que se ordena el pago del daño moral obedece a un hecho asociado al despido singularmente lesivo a los sentimientos de la víctima; pero, en ningún caso, la indemnización por daño moral es consecuencia inmediata y directa de la producción de un despido inconstitucional.

Aunque si bien esta Sala Superior conceptúa al daño moral desde una perspectiva restringida (daño moral subjetivo), la premisa que utilizan para la resolución de las causas puestas a su conocimiento es, desde nuestro punto de vista, correcto, pues se comprende que la operatividad de la responsabilidad civil depende de la existencia de verdadero perjuicio (aminoración de un interés jurídicamente relevante), algo que no se verifica por la simple circunstancia del despido.

Sin embargo, lo anterior no es una situación que acontezca en todos los casos que llegan a conocimiento de nuestra magistratura. Lastimosamente, nuestros jueces estiman, en no pocos casos, que el despido, cuando este no ha operado legítimamente, genera por sí una mella en los sentimientos de los trabajadores susceptible de reparación a través de las disposiciones de la responsabilidad por inexecución de obligaciones.

De la narración que se desprende de la Casación N° 22423-2017-Lima, por ejemplo, se avizora que una mujer solicitó el pago de una suma de dinero por concepto de lucro cesante y daño moral a causa de un cese injustificado de su relación laboral. El juez del Sexto Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la pretensión en el extremo del daño moral, pronunciamiento que fue confirmado por la Séptima Sala Laboral Permanente de la misma Corte Superior, pues la demandante no acreditó la presencia de perjuicios inmateriales (penosamente restringidos a la aflicción,

sufrimiento o afectación al proyecto de vida) derivados del despido arbitrario. Interpuesto el recurso de casación, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema falló lo siguiente:

Sétimo.- Se advierte en fojas cinco a siete copia de la Resolución C.R. N° 4965-95-UNFV del seis de abril de mil novecientos noventa y cinco, que cesa a la actora a partir del día treinta de abril de dicho año por la causal de reorganización al personal administrativo, al haber obtenido calificación deficiente en la evaluación, quedando probado fehacientemente con esta instrumental que la demandante fue despedida arbitrariamente, tal como lo ha reconocido la misma Universidad a través de su Resolución C.T.G.-R. N° 02842 del veinticuatro de mayo de dos mil uno que corre en fojas ocho a nueve quien la reincorpora a sus labores, al señalar en su segundo considerando lo siguiente: “Que, todos los procesos evaluativos y/o administrativos llevados a cabo por la comisión Reorganizadora de la Universidad Nacional Federico Villarreal, fueron ejecutados, sin la correcta aplicación del debido proceso, perjudicando a los servidores administrativos que fueron separados arbitrariamente de esta Casa de Estudios”. (...).

Décimo sexto.- Siendo así, corresponde a este Colegiado Supremo analizar si en el caso sub examine concurre un supuesto de daño moral por indemnizar, conforme al artículo 1322 del Código Civil, cuya reparación abarca el daño producido por el incumplimiento de cualquier tipo de obligación, cuya valoración se pueda efectuar en función a la gravedad objetiva del menoscabo generado. (...).

Décimo octavo.- En cuanto al daño, como se dijo anteriormente, es toda lesión a un interés jurídicamente tutelado, el cual puede tener un contenido patrimonial o extrapatrimonial. Dentro del daño patrimonial, encontramos todas aquellas afectaciones recaídas sobre los derechos patrimoniales de la persona; dentro de los cuales encontramos el daño emergente y el lucro cesante; el primero, referido al menoscabo o pérdida del patrimonio sufrida por el perjudicado, mientras que el segundo, se encuentra constituido por todas aquellas sumas dejadas de percibir producto de la conducta antijurídica. Por otra parte, el daño extrapatrimonial se encuentra referido a las lesiones a los derechos de contenido no patrimoniales; es decir, aquellas afectaciones recaídas sobre los sentimientos de las personas, considerados socialmente dignos o legítimos, y por ende, merecedores de tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral.

En el caso en concreto, tenemos que mediante Resolución C.T.G.-R N° 02842- 2001-UNFF del veinticuatro de mayo de dos mil uno, se reincorporó a la actora como personal administrativo, reconociéndose que su separación de la institución fue arbitraria, hecho que generó el daño y siendo que este Colegiado Supremo considera que dicho daño debe ser resarcido, se debe fijar en la suma de veinte mil con 00/100 soles (S/ 20,000.00), monto establecido con un criterio prudencial.

Es fácil darse cuenta de la enorme generosidad de los integrantes de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, pues brindaron a la demandante una nada despreciable suma de dinero por concepto de perjuicio moral sin que siquiera se haya presentado alguna manifestación de desmedro a los derechos de la personalidad en el caso en concreto.

De igual manera tenemos a la Casación N° 24521-2017-Lima, en la que se falló a favor de la pretensión de un trabajador que reclamaba el resarcimiento de sus daños inmateriales acaecidos por la circunstancia de su despido irregular y que, como consecuencia, desencadenó aflicción personal:

Sétimo.- Solución al caso en concreto

7.1.- Es preciso dejar sentado que entendemos por daño moral al considerado como la lesión a cualquier sentimiento de la víctima socialmente legítimo, es aquel daño que afecta la esfera

interna del sujeto, no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos. Esta categoría de daño es particularmente difícil de acreditar.

7.2.- En el caso de autos, se ha acreditado de manera objetiva que la demandada despidió al actor de su trabajo de manera abrupta, dejándolo sin trabajo y sin sustento económico, situación que ocasiona una severa repercusión en su ingreso económico, lo que trae consigo el desatender las necesidades familiares e incluso las de su propia supervivencia, lo cual evidentemente produce una aflicción personal. Es así que el demandante pretende la indemnización de este tipo de daño que se produjo como consecuencia del daño moral.

7.3.- Como hemos señalado precedentemente demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor, el cual pretende el actor obtener su resarcimiento, daño que como repetimos corresponde a la afectación de la esfera del campo personal del ser humano, producido por el quebrantamiento moral y psicológico a la persona, aflicción que muchas veces es difícil de probar; pero que al incidir en todos los planos de la vida personal del afectado, esto es, familiar, afectiva, moral, económica, de bienestar de vida, por cuanto también afecta a su propia supervivencia y de sus familiares, dicha aflicción es plenamente comprobable, a través del análisis de los requisitos establecidos para amparar el daño moral, los que han sido previamente establecidos por la jurisprudencia nacional así como el Tribunal Constitucional, análisis que advertimos omite el Colegio Superior, al no tener en cuenta la naturaleza de éste tipo de daño moral, el cual dada su categoría de daño subjetivo siempre va admitir un grado de presunción en determinados casos, máxime aún si estamos frente a un sufrimiento de la víctima considerado socialmente legítimo.

7.4.- De esta manera, apreciamos que este tipo de daño constituye una lesión a cualquier sentimiento de la persona agraviada y que ante la dificultad de probanza se opta algunas veces por la presunción, es que consideramos que corresponde indemnizar al demandante por concepto de daño moral, por cuanto al haber sido despedido de la manera que lo fue por parte de su empleador, ello ha ocasionado un sufrimiento, un dolor, una aflicción en todos los ámbitos, por lo que resulta amparable lo solicitado por el actor como indemnización.

7.5.- Siendo así, se advierte que la sentencia de primera instancia ha fijado la suma de diez mil con 00/100 soles (S/ 10,000.00) con un criterio prudencial y equitativo conforme a lo previsto en el artículo 1332 precitado, ello ante los sentimientos personales lesionados del demandante, ocasionados por la situación del despido en el que se vio involucrado el demandante con el accionar de la entidad demandada.

Si bien comprendemos que el daño moral no es de fácil probanza y que, por el contrario, es factible hablar aquí de un daño *in re ipsa* (coincidente con la lesión del bien) y que, como tal, pasible de ser deducido a partir de los sucedáneos probatorios consagrados en nuestra normativa procesal (como la presunción judicial), no participamos de que, a partir de la comprobación de que el despido no ocurrió legalmente, se deduzca de inmediato que el trabajador ha padecido un detrimento psíquico o emocional.

Como ha sido afirmado por Franzoni (2018), la tarea del juez consiste en determinar si el perjuicio alegado es lo suficientemente valioso para que merezca el amparo de la tutela resarcitoria, no siendo suficiente usar o abusar de la equidad (que en no pocas ocasiones se ha empleado con el objetivo de escapar de las fronteras del sistema jurídico) para compensar un menoscabo que en realidad es inexistente (pp. 90-91).

Las observaciones que realizó el autor italiano tampoco se plasmaron en la Casación N° 2460-2015-Del Santa. En esta sentencia, el Colegio Supremo condena al empleador a resarcir el daño moral que su trabajador sufrió a causa de su incorreto despido:

Décimo sexto.- Por otro lado, en cuanto al daño moral, se debe esbozar que si bien el demandante sustenta dicho daño en “la pérdida del embarazo de su cónyuge”, ocurrido en

junio de dos mil once, se determina que el mismo no tiene causalidad con el despido sufrido por el demandante, pues aquel se suscitó en enero de dos mil once.

Sin embargo, se debe tener presente que por la naturaleza de este tipo de daño que implica la afectación a la vida sentimental del ser humano, manifestado sobre el estado anímico, de acuerdo a lo descrito en el considerando décimo primero; se debe valorar y resaltar la acreditación del evento dañoso acontecido por el despido incausado sufrido por el actor (reconocido en proceso de amparo en el Expediente N° 00292-2011-0-2501-JR-CI-01), situación que generó que el demandante estuviera sin trabajar y por ende sin percibir una remuneración mensual (carácter alimentario) hasta la fecha de su reposición, ocurrido en diciembre de dos mil doce.

Siendo así, y aun cuando el demandante no haya presentado los medios probatorios suficientes para acreditar el daño moral, corresponde aplicar lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil, en atención a la fundamentación establecida en el considerando décimo tercero y al párrafo precedente; además, que se corrobora los otros elementos de la responsabilidad civil, prescrito en el considerando octavo; motivo por el cual, debe ampararse en el presente proceso el daño moral, y fijar, bajo un criterio de equidad, como *quantum* indemnizatorio del daño extrapatrimonial citado, la suma de cinco mil nuevos soles (S/ 5,000.00).

Al respecto, debemos indicar que lo único en lo que nos alineamos con esta *ratio decidendi* es que sí resultaba ajeno al resarcimiento de daños por inexecución de obligaciones la pérdida del hijo que la esposa del demandante se encontraba gestando, pues sencillamente este no era un daño previsible y, aún en el supuesto negado (dado que ello no se desprende del fallo) que se hubiese podido expandir la reparación a los perjuicios imprevisibles por el acaecimiento de culpa inexcusable o dolo, lo cierto es que no había rasgo alguno que permita aseverar que el referido menoscabo haya sido una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento que se reflejaba en el acto de despido. En lo que sí nos encontramos en desacuerdo es, nuevamente, considerar que el quebrantamiento indebido de la relación de trabajo de manera unilateral por parte del empleador origine *ipso facto* un daño moral por aminoración del estado emocional. Y, por si no fuese poco, el error se torna más gravoso por haberse recurrido al artículo 1332 del Código Civil para motivar la decisión.

Dicho dispositivo legal, cuya matriz se ubica en el artículo 1226 del Código Civil italiano⁸¹, prescribe que “[s]i el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”. En esa línea, es claro que lo que será materia de “valoración equitativa” no es la prueba del perjuicio (que le corresponde al demandante *ex* artículo 1331 del Código Civil⁸²), sino de su valor económico, es decir, del *quantum debeatur* (no del *an debeatur*). Es más, para que proceda lo regulado en el artículo 1332 del Código Civil es imprescindible que el acreedor dañado haya demostrado la presencia del daño. Como bien señalan Falasca y Rinaldi (2013), “[l]a primera condición de la solicitud [sobre valoración equitativa] se produce cuando la parte perjudicada no puede proporcionar pruebas de la dimensión exacta de la lesión sufrida, lo cual, empero, no disminuye la carga de probar la presencia del daño” (p. 21).

Entonces, es del todo equivocado desprender un daño moral del mero despido, y más aún si se utiliza el artículo 1332 del Código Civil para dicho propósito, dado que este se refiere a la técnica de cuantificación y no a la acreditación de la lesión que gatilla la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

⁸¹ **Artículo 1226 del Código Civil italiano.**- Si el daño no puede ser probado en su cantidad exacta, el juez lo liquidará mediante una evaluación equitativa.

⁸² **Artículo 1331.**- La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Debemos decir que estos yerros no sólo se han manifestado a nivel de Corte Suprema, sino que los jueces superiores de la especialidad laboral piensan de la misma forma. Prueba de ello es el acuerdo que adoptaron en el marco del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del año 2018. En tal evento se formuló la siguiente interrogante: “¿En caso de despido incausado y fraudulento debe presumirse la existencia del daño moral a causa del despido o se requiere de prueba que lo acredite?”, siendo la respuesta: “Sí debe presumirse el daño moral, pues el sólo hecho de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del afectado, y en consecuencia corresponde aplicar, para fijarse el *quantum* indemnizatorio, el artículo 1332 del Código Civil”.

La doctrina nacional ya ha enfatizado que esta forma de entendimiento de la reparación de daños en el contexto de los despidos contraría las disposiciones del Código Civil sobre el resarcimiento por lesión al derecho de crédito, sobre todo por la regla de la previsibilidad. En efecto, si en el artículo 1321 se condiciona el resarcimiento por incumplimiento a los daños previsibles (salvo las hipótesis de culpa inexcusable y dolo), sería incorrecto estimar a la “aflicción” del trabajador como un perjuicio susceptible de ser previsible por el empleador, máxime cuando ello no se integra a la operación económica emergente del contrato de trabajo. De esta forma, lo correcto parecería no intentar expandir sin más el alcance de la responsabilidad del empleador hasta fronteras desconocidas (León Hilario, 2017, pp. 67-68).

En tal sentido, puede concluirse que en el campo del despido la jurisprudencia peruana no aplica correctamente todo el estatuto de la responsabilidad contractual cuando de lo que se trata resarcir los daños morales alegados por el trabajador demandante.

3.3.2. Daño moral en los accidentes de trabajo

Si tomamos en cuenta que el daño moral comprende las lesiones a la integridad psicofísica (daño a la persona), entonces el campo de los accidentes de trabajo es uno en el que el resarcimiento bajo las disposiciones de la inexecución de obligaciones se podrá vislumbrar fácilmente⁸³.

Y es que, en los contratos laborales, el empleador asume una obligación de seguridad respecto de su trabajador, el mismo que, ante su incumplimiento, deberá de compensar los daños producidos por su culpa, entre ellos, el de naturaleza inmaterial. Cabanillas Sánchez (2000) opina que: “Dentro del deber de protección se distingue, como más relevante aspecto suyo, el deber de seguridad a cargo del empresario, que comprende una compleja suma de medidas dirigidas a la tutela física del trabajador, entre las que destacan las relativas a la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” (p. 335).

El autor español redondea su pensamiento señalando que el trabajador tiene derecho “al resarcimiento de los daños y perjuicios causados, por incumplimiento de esta obligación de seguridad contractual (...)” (Cabanillas Sánchez, 2000, p. 346).

Y es que, como menciona Buendía de los Santos (2020b) al comentar el contexto del ordenamiento jurídico francés, el propósito de toda obligación de seguridad es el resguardo de la vida e integridad física del contratante que se beneficia con la prestación, por eso es que dichas obligaciones no suponen que se recurra a las disposiciones de la responsabilidad extracontractual, sino más bien a la inexecución de obligaciones (pp. 75-77). Además, agrega,

⁸³ Es interesante la información que nos brinda Crisanto Castañeda (2018) sobre las discusiones que se mantenían dentro de la doctrina laboralista en el Perú: “Hace quince años (...) manteníamos el debate jurídico sobre la naturaleza contractual o extracontractual del incumplimiento del empleador en las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo. Actualmente, tanto la doctrina científica como en la jurisprudencia casatoria, aceptan pacíficamente que se trata de una responsabilidad de tipo contractual” (p. 52).

estos deberes de seguridad son muy importantes en campo de los profesionales, ya que aquí se tiene una carga mayor de protección sobre los sujetos con los que se relacionan.

En el ordenamiento jurídico italiano se ha esgrimido que la seguridad del trabajador forma parte del espectro de obligaciones que se encuentran a cargo del empleador. De hecho, el artículo 2087 de su Código Civil prescribe que “[e]l empresario se encuentra obligado a adoptar en el ejercicio de la empresa las medidas que, según la particularidad del trabajo, la experiencia y la técnica, son necesarias para proteger la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores”. Roppo (2016) considera que la disposición es del todo positiva, puesto que “la relación de trabajo subordinado involucra intensamente a la persona del trabajador. De ahí la necesidad (afirmada con carácter general en el artículo 2087) de garantizar una fuerte protección de los aspectos de su personalidad, que podrían sufrir lesiones por la organización del trabajo o por los comportamientos del empleador” (p. 760). Justamente la inobservancia de esta obligación que arroje como consecuencia un daño será materia de reparación a través de la responsabilidad por incumplimiento.

En nuestro medio, la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, ordena en el artículo I de su Título Preliminar que “[e]l empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores (...)”; y en el artículo II que “[e]l empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes”. También en el artículo 49 literal “a” se anota como obligación del empleador el “[g]arantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo”.

Del cuerpo de la legislación sobre seguridad en el centro de labores se identifica una tendencia hacia la prevención de los daños, dado que en el artículo 50 se especifica que el empleador debe “[g]estionar los riesgos, sin excepción, eliminándolos en su origen y aplicando sistemas de control a aquellos que no se puedan eliminar” (literal “a”); “[e]liminar las situaciones y agentes peligrosos en el centro de trabajo o con ocasión del mismo y, si no fuera posible, sustituirlas por otras que entrañen menor peligro” (literal “c”); “[i]ntegrar los planes y programas de prevención de riesgos laborales a los nuevos conocimientos de las ciencias, tecnologías, medio ambiente, organización del trabajo y evaluación de desempeño en base a condiciones de trabajo” (literal “d”); etc.

Es por tal motivo que en el artículo 53⁸⁴ se apunta que “[e]l incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales (...)”. Se entiende que el resarcimiento se desencadenará siempre que la falta de prevención se materialice en un daño, pues no hay responsabilidad sin este elemento.

Lo primero que debemos destacar es que, estando este deber de seguridad integrado en las relaciones jurídicas que tienen como fuente el contrato de trabajo, la responsabilidad deberá guiarse por las reglas de la culpa leve, la culpa grave y la culpa inexcusable. León Hilario (2016) ya ha explicado que, en el campo de los accidentes laborales, así como “en la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones (legales o contractuales), el

⁸⁴ Debe concordarse este dispositivo legal con el artículo 94 del Reglamento de la Ley N° 29783, Decreto Supremo N° 005-2012-TR, el cual prescribe que “[p]ara efecto de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, la imputación de la responsabilidad al empleador por incumplimiento de su deber de prevención requiere que se acredite que la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador y del incumplimiento por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo”.

fundamento siempre es subjetivo (dolo, culpa grave, culpa leve)” (p. 5); añadiendo más adelante que “[n]o es coherente con esta premisa apelar (...) al criterio de la exposición al peligro (art. 1970 CC), que es de aplicación en los casos de responsabilidad extracontractual” (León Hilario, 2016, p. 5).

La Corte Suprema, contrariamente a lo que se halla dispuesto en nuestro Código Civil, ha decidido que los empleadores deben resarcir los daños morales que sufren los trabajadores ante cualquier accidente que se produzca en el desenvolvimiento de las tareas propias de la labor para las cuales fueron contratados. Así, en la Casación N° 4258-2016-Lima, luego de una extenuante -y en varios aspectos errada- descripción del “estado de la cuestión” en materia de responsabilidad civil en nuestro país, los magistrados supremos pregonan lo siguiente (incluso con calidad de precedente de obligatorio cumplimiento):

Noveno.- Interpretación de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria.

De conformidad con los Principios de Prevención y de Responsabilidad, contemplados en los Artículos I y II del Título Preliminar de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, establece que la interpretación correcta del artículo 53 de la Ley antes mencionada es la siguiente; “Probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o sus derechohabientes una indemnización que será fijada por el juez conforme al artículo 1332 del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas documentales o periciales sobre el valor del mismo”. (...)

Décimo primero.- Solución del caso concreto.

En el caso *sub examine*, la controversia está referida a la estimación o no del pago de una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia del accidente de trabajo que sufriera el actor. El accionante sustenta su pretensión en el hecho que aproximadamente a las cuatro horas con cinco minutos del día diecisiete de agosto de dos mil nueve, en circunstancias que conducía el ómnibus de placa de rodaje VG-5405 de propiedad de la Empresa de Transportes Civa S.A.C, con destino de la ciudad de Piura a Lima, en compañía de su copiloto y llevando a bordo cincuenta y siete pasajeros, sufrió un accidente de trabajo a la altura del kilómetro trescientos cuarenta y nueve de la carretera Panamericana Norte, siendo posteriormente conducido al nosocomio de la ciudad de Casma; donde se estableció que a causa del accidente se originó como lesión el politraumatismo con fractura expuesta del miembro inferior izquierdo; siendo así que al haberse configurado un accidente de trabajo la demandada debe asumir los daños y perjuicios causados. Agrega que el accidente se produjo en horas de trabajo, que la incapacidad permanente está acreditada con el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad de fecha diecisiete de setiembre de dos mil diez, expedida por Essalud donde se determina que la incapacidad física es permanente en grado total con un menoscabo del sesenta y ocho por ciento (68%). Al contestar la demanda, la Empresa de Transportes Civa S.A., señaló que no cometió ningún acto u omisión doloso y que el actor no puntualizó el tipo de incumplimiento al contrato de trabajo ni la causalidad para pretender la indemnización; agrega que no estamos frente a un caso de responsabilidad contractual, pues el accidente de tránsito no supone el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo como se señala en la demanda; que el actor no ha referido ningún bien o propiedad que haya sido dañada a consecuencia del accidente de trabajo, que el causante del accidente ha sido una persona no citada en la demanda y no se ha ofrecido medio probatorio para acreditar la cuantía.

Décimo segundo.- Como se aprecia de los actuados, la empresa recurrente al absolver el traslado de la demanda, no niega la existencia del vínculo laboral con el accionante, tampoco los daños y perjuicios sufridos por este a consecuencia del accidente de trabajo ocasionado

en circunstancias que se encontraba conduciendo el vehículo de transporte interprovincial de su propiedad, lo que ha sido evaluado por la instancia de mérito al emitir la Sentencia impugnada, por el contrario sus argumentos de defensa han estado dirigidos básicamente a cuestionar la naturaleza de la pretensión demandada, señalando que se trata de una de naturaleza extracontractual y no contractual, como ha quedado establecido en autos; siendo ello así, y no existiendo sustento alguno para afirmar que se ha incurrido en interpretación errónea de la norma invocada, la causal denunciada deviene en infundada.

Hay dos llamadas de atención que nos permitiremos realizar a esta sentencia casatoria. La primera es que se ha defraudado a la relación de causalidad y a los criterios de imputación integrantes de la responsabilidad contractual. La pauta para el amparo de la pretensión resarcitoria del trabajador lesionado, según el fallo, es simplemente comprobar que el menoscabo se dio en plena jornada de trabajo, sin importar, como lógica consecuencia, si el mismo obedeció o no a una causa extraña (fuerza mayor, hecho de tercero o hecho de la víctima), o si es que el empleador obró o no con la diligencia debida respecto de su deber de prevención de los riesgos laborales. En pocas palabras, el juicio de responsabilidad por inejecución de obligaciones fue desmantelado totalmente⁸⁵.

Y aquí dos cosas para vislumbrar el error de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema sobre este aspecto: i) que a los jueces les importó poco que el demandado (empleador) haya expresado como parte de su defensa que el daño padecido por el demandante (trabajador) tuvo como causa de origen la colisión vehicular que mantuvo con otro conductor en medio de la Panamericana Norte, esto es, que el evento dañoso que perjudicó al demandante era consecuencia de un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que se evidenciaba en la mala conducta de un tercero. En resumen, se renunció a apreciar que en el caso en concreto se pudo haber producido el supuesto de hecho consagrado en el artículo 1315 del Código Civil y que, como tal, se eliminaba la posibilidad de reclamar la obligación resarcitoria; y, ii) que los propios magistrados son los que, con anterioridad, habían señalado que la responsabilidad del empleador en los accidentes de trabajo, al ser parte del régimen de la inejecución de obligaciones, era de naturaleza subjetiva.

Sobre el segundo punto, en el considerando octavo se anotó que “[t]ratándose de responsabilidad contractual el factor de atribución lo constituye la culpa, la cual presenta tres grados de intensidad: el dolo, la culpa leve y la culpa inexcusable, los cuales se encuentran previstos en los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil (...). En consecuencia, el trabajador víctima de un accidente de trabajo puede invocar contra su empleador como factor de atribución, el dolo o la culpa”. Entonces, no se comprende cómo es que si dentro del marco teórico que desarrolló la Sala Suprema se partía por reconocer la subjetividad de la responsabilidad contractual, se terminó concluyendo que en todo accidente de trabajo el empleador resulta siendo el responsable.

Para culminar este punto, sería bueno cuestionarse algo sumamente básico y que era resulta ser la premisa por la que los magistrados debieron haber empezado para evitar todo este embrollo: ¿cuál fue la obligación de seguridad incumplida?, siendo más específicos para el caso bajo análisis: ¿qué obligación de seguridad no ejecutó la empresa empleadora, si del juicio (de acuerdo a los datos ofrecidos por la sentencia) no se desprendía la alegación ni comprobación de alguna falla mecánica en el vehículo que conducía el trabajador demandante? La respuesta es un misterio.

⁸⁵ Lastimosamente, en el VI Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral y Previsional de la Corte Suprema se acodó este aberrante criterio: “El empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud en el trabajador”.

Ahora, la segunda llamada de atención que forjaremos va ligada al tema del daño resarcible. Nuestros jueces definieron al daño moral como “aquel que afecta el aspecto sentimental o autoestima del dañado, es el llamado ‘dolor interno’ por la lesión o sentimiento socialmente dignos y legítimos”. No cabe duda que se empleó la noción restringida del daño moral, es decir, el denominado daño moral subjetivo o *pretium doloris*. No obstante, los perjuicios sufridos por el demandante no tenían ese cariz interno emocional, sino más bien auténticas lesiones físicas. Entonces, ¿cómo es que de ese concepto incompleto se desprende el resarcimiento del menoscabo al aspecto somático del trabajador? Nuevamente, la respuesta se torna en un auténtico misterio. Por ende, lo aconsejable es que la judicatura deje de reducir los alcances del verdadero espectro que comprende el daño moral para no tener que llegar a brindar estas controvertidas decisiones.

Si se admitía, como lo hace el ponente del Libro de Obligaciones cuando expone los fundamentos del artículo 1322 del Código Civil, que el daño moral es todo aquel perjuicio que no se traduce en términos monetarios, como las vulneraciones a los derechos de la personalidad o el detrimento físico o psíquico de las personas (Osterling Parodi, 2007, p. 244), no se hubiese caído en la incoherencia que ahora nos encontramos denunciando. No es que el daño moral en esta parte sea equiparado con el daño a la persona como algunos de nuestros autores han insinuado⁸⁶, sino que entre el primero y el segundo hay una relación de género a especie, por lo que no hay necesidad alguna de elucubrar “soluciones” para un problema que a todas luces es inexistente.

Pasando a la Casación N° 5637-2016-Lima⁸⁷, tenemos una demanda de resarcimiento de daño moral y lucro cesante que un sujeto interpuso contra la empresa minera para la cual trabajaba, dado que, por la actividad que realizaba, adquirió neumoconiosis. El Primer Juzgado Transitorio Especializado de Trabajo de Lima declaró fundada la pretensión, otorgándose la suma de S/ 20,000.00, sin embargo, la Primera Sala Laboral Permanente de Lima revocó el fallo de primera instancia por no haberse “corroborado que la enfermedad padecida por el actor haya sido por causa de las labores que prestó para la demandada”. Finalmente, la Corte Suprema falló a favor del trabajador:

Décimo Cuarto.- Conforme a lo expuesto precedentemente, en relación al daño se advierte que el recurrente prestó servicios en la entidad emplazada, Compañía Minera Raura S.A., desde el trece de abril de mil novecientos sesenta y cinco hasta el trece de octubre de mil novecientos noventa y uno, conforme se aprecia del Certificado de fecha doce de julio de dos mil dos que corre en fojas cuatro. De autos de se tiene acreditado que el actor adolece de neumoconiosis (silicosis) en segundo estadio de evolución conforme se acredita del Examen Médico Ocupacional de fecha treinta y uno de mayo de dos mil, que corre en fojas tres, diagnóstico que se corrobora con las copias del expediente e historia clínica de número 13665-2000 que fueron remitidos por el CENCOPAS conforme se aprecia de fojas doscientos veintitrés a doscientos treinta. Esta enfermedad tiene como causa la exposición del actor a los riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad, por la inhalación del polvo mineralizado, lo cual devino en el padecimiento de neumoconiosis. La neumoconiosis (silicosis) es una enfermedad pulmonar producida por la inhalación de polvo del sílice y la consecuente deposición de residuos sólidos inorgánicos en los bronquios, los ganglios linfáticos y/o el parénquima pulmonar, con o sin disfunción respiratoria asociada; debiendo

⁸⁶ Por eso no podemos compartir la postura que mantiene Espinoza Espinoza (2016) cuando expresa que “partiendo que la responsabilidad civil del empleador es de naturaleza contractual, bajo una interpretación sistemática y constitucional se deberá reconocer tanto el daño a la persona como el daño moral, independientemente del reconocimiento de sus derechos laborales” (p. 524). Es cierto que la responsabilidad en estos escenarios es contractual, pero no es cierto que se deba recurrir a una interpretación “sistemática y constitucional” para amparar los perjuicios que vayan más allá del campo de la aflicción sentimental o emocional. El daño moral, sencillamente, comprende todos las lesiones inmateriales, como aquellas que afectan la integridad física.

⁸⁷ Se resolvió en similar sentido la Casación N° 15086-2015-Ica, la Casación N° 12542-2016-Ica y la Casación N° 3759-2018-Moquegua.

precisarse que el tipo, cantidad, tamaño y plasticidad de las partículas inhaladas, así como la duración de la exposición y la resistencia individual determinan el tipo de sintomatología, así como el curso de la enfermedad. El trastorno más frecuente de la dolencia es la alteración respiratoria producida por la formación permanente de tejido cicatricial en los pulmones, el mismo que provoca la pérdida de su elasticidad, requiriendo un mayor esfuerzo para respirar. Conforme a ello, por las características de la neumoconiosis (silicosis) resulta incuestionable que la alteración de la salud del demandante fue adquirida por efecto de la labor realizada como oficial, ayudante y operario dentro de las instalaciones de la empresa demandada.

Décimo quinto.- Por otra parte, el factor de atribución viene a ser la culpa inexcusable, toda vez que es el empleador el obligado a garantizar la seguridad e higiene dentro del centro de labores, respetando las normas sobre seguridad y salud en el trabajo, a fin de que el prestador de servicios pueda desenvolverse de manera adecuada.

Décimo sexto.- (...) En el caso de autos, corresponde al actor el pago de una indemnización por concepto de lucro cesante y daño moral, toda vez que extremos amparados derivan del incumplimiento de las disposiciones legales y laborales por parte del empleador, al no haberse acreditado que la emplazada haya proporcionado al demandante los implementos necesarios para el desempeño de sus funciones, ni garantizado la seguridad dentro del lugar donde se prestaban los servicios, lo que conllevó al menoscabo no solo de la salud del recurrente, sino de su dignidad como persona; motivo por el cual la referida causal deviene en fundada.

En la actividad minera no debería dudarse que la integridad física del trabajador forma parte de los alcances de protección del contrato laboral, por lo que la obligación de seguridad del empleador debe ser de cumplimiento escrupuloso, siendo el nivel de diligencia exigido más alto aún. En definitiva, no se trata de solicitar la eliminación total del riesgo de adquisiciones de enfermedades propias de la extracción de minerales, sin embargo, ello no exonera al empleador de adoptar medidas lo suficientemente idóneas, de acuerdo al avance de la ciencia y la tecnología de la época en la que se desarrolla la actividad, susceptibles de paliar los efectos nocivos de común desencadenamiento.

En el caso que estamos abordando, la Corte Suprema brinda el resarcimiento por daño moral (también el lucro cesante) considerando que la parte demandada obró con culpa inexcusable en la inejecución de su obligación de seguridad. En tal sentido, la magistratura tuvo que haber tenido por probado (dado que sólo se presume la culpa leve *ex* artículo 1329 del Código Civil) una negligencia que ni siquiera la empresa minera más desorganizada hubiese incurrido. Ahora, de los pocos datos que nos ofrece la sentencia, lo que se puede deducir es que la demandada no pudo contrarrestar las evidencias del demandante y, por lo tanto, se tuvo por acreditado que aquella no otorgó los implementos capaces de reducir las consecuencias nocivas de la actividad minera. Si esto fue en realidad así, entonces la culpa inexcusable está bien considerada como criterio de imputación.

No obstante, ya sea que nos hubiésemos encontrado en un supuesto de culpa inexcusable, culpa leve o dolo, el resarcimiento por daño moral era procedente de todas maneras si se completaban los demás elementos de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, pues el menoscabo a la salud de los trabajadores mineros era ciertamente previsible.

También se resolvió un asunto de accidente de trabajo en la Casación N° 25875-2018-Tacna. Aquí, un operario demandó a su empleadora por los “daños morales” y los “daños personales” que sufrió a causa de la caída de sendos andamios empotrados mientras realizaba su actividad laboral. El Tercer Juzgado Especializado de Trabajo y la Sala Laboral Permanente, ambos órganos integrantes de la Corte Superior de Justicia de Tacna, denegaron el resarcimiento por estimar que el perjuicio tuvo lugar exclusivamente por la conducta del propio demandante, dado que este debía desenvolverse como “operador de máquina

mezcladora”, más no como operario de “tarrajeo” del muro interior del “Reservorio R-9”, en el que suscitó el accidente. La Corte Suprema, por su parte, fue de contraria opinión:

Décimo Quinto.- El recurrente señala que en base a los Principios de Prevención y Responsabilidad contemplados en el Título Preliminar del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado Decreto Supremo N° 009-2005- TR, el demandado debe responder por los daños generados derivados del accidente de trabajo por no cumplir con las normas de seguridad y salud en las actividades de construcción civil a las que fue asignado, precisando que no ha concurrido ninguna fractura del nexo causal y que debe aplicarse lo establecido en los artículos 1319 y 1321 del Código Civil. En mérito a lo expuesto tenemos lo siguiente:

15.1.- De acuerdo al Informe de Accidente de Trabajo obrante a fojas dieciocho, firmado por el Residente de Obra Ingeniero Omar Hidalgo Aguilar: “Con fecha 12 de junio del 2002 a horas 11 con 30 minutos antes meridiano (Turno de la Mañana), se suscitó un accidente de trabajo durante proceso de construcción en el Reservorio R9 durante la actividad: Tarrajeo del Muro Interior de dicho Reservorio, al sufrir caída de los andamios empotrados y ubicados en una altura de 2.80 metros, (...). El Operario Vicente Calizaya Maquera estuvo trabajando como operario encofrador en el momento de sucedido el accidente de trabajo descrito”. Tal Informe describe el accidente de trabajo sufrido por el accionante, quien realizaba labores de operario encofrador al momento del suceso.

15.2.- De acuerdo al Dictamen de Grado de Invalidez “Seguro Complementaria de Trabajo de Riesgo” obrante de fojas veinte a veintitrés, y Dictamen de Comisión Médica de Esalud, obrante a fojas veinticuatro, se determina como diagnóstico del estado de salud del recurrente: “Lumbalgia crónica post-traumática con listesis L2 y L4 más secuela de fractura de tobillo derecho, operado de 11 años de evolución”, con un menoscabo global de la persona de cincuenta y cuatro punto nueve por ciento (54.9%) y con grado de invalidez parcial de tipo permanente.

Décimo Sexto.- El actor señala que el accidente se ocasionó en mérito a que el demandado no cumplió con brindar los implementos de seguridad previsto en la norma para el desarrollo de trabajo de construcción civil. Es necesario considerar que es obligación del empleador probar haber cumplido todas sus obligaciones legales y contractuales, especialmente las de seguridad, así como haber actuado con la diligencia ordinaria al ejercer su deber de garantizar, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida y la salud de sus trabajadores. En el caso materia de análisis, el accionado no presentó medio probatorio alguno que acredite la entrega de implementos de seguridad al demandante, con lo cual no se logra acreditar el cumplimiento de su deber de prevención.

Décimo Séptimo.- Según el Certificado de Trabajo obrante a fojas cuarenta y uno el actor por el período del veinticinco de mayo de dos mil dos al uno de julio de dos mil dos, desarrolló el cargo de Operario en el Proyecto de Construcción Canal Calachaca- Chuapalca-Patapujo; sin embargo, en la Audiencia de Juzgamiento, durante los minutos treinta y siete con cuarenta y seis segundos a treinta y nueve con veintidós segundos, el demandante señaló que su cargo en la obra era de Operador de Máquina Mezcladora asignándosele las funciones de preparar la mezcla, ver la medida del agua y dejar lista para ser llevada. Por ello, el demandado señaló que el accidente de trabajo fue negligencia del demandante por haber desempeñado una función distinta a la asignada.

17.1.- Frente a lo señalado, conforme a lo previsto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR, es obligación del empleador: “a) Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo. b) Desarrollar acciones permanentes con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes. c) Identificar las modificaciones que puedan darse en las condiciones de trabajo y disponer lo necesario para la adopción de medidas de prevención de los riesgos laborales. d) Practicar exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral a los trabajadores, acordes con los riesgos a que están expuestos en sus labores”, lo que concordado con lo establecido en el artículo 37° del mismo

cuerpo legal, determina que el empleador debe ejercer firme liderazgo de su empresa en materia de seguridad y salud en el trabajo.

17.2.- De acuerdo a lo expuesto, es facultad/obligación del empleador la fiscalización de las labores dentro de la empresa a través de mecanismos de control y vigilancia, para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes asignados a los trabajadores, lo cual debe tener mayor incidencia cuando se trata de actividades de riesgo, como es el campo de la construcción civil, desde que por la naturaleza de las labores se pone en constante peligro la integridad física de los trabajadores. (...)

17.3.- En el caso materia de análisis, no puede alegarse la negligencia del trabajador como causa exclusiva del accidente de trabajo ya que es el empleador, en su rol de dirección, quien debió supervisar el cumplimiento de las funciones del actor y de hallarse incumpliendo con las normas establecidas, bajo su potestad sancionadora, y través de medidas correctivas adecuar en su caso la conducta con la finalidad de proteger la integridad física del infractor y demás personal de la obra. Señalar que el demandante se encontraba en un lugar distinto al puesto asignado evidencia una falta de diligencia del empleador en su deber de control, y demuestra que el demandado no ejerció su facultad de dirección, fiscalización y vigilancia sobre las actividades realizadas por sus trabajadores, pese a que, de acuerdo al Informe de Accidente de Trabajo, existía en obra, al momento del accidente, un Ingeniero Residente de Obra, quien debía verificar el cumplimiento de las funciones del personal. (...).

Vigésimo Primero.- Respecto a establecer si el accionado en atención a la naturaleza de su actividad incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales derivadas de las normas legales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cabe analizar el factor de atribución de la responsabilidad. Al respecto, el artículo 1319 del Código Civil establece que: “Incorre en culpa inexcusable quien, por negligencia grave, no ejecuta la obligación”. En el presente caso el demandado no actuó con diligencia ejerciendo su deber de fiscalización y supervisión sobre sus trabajadores y labores asignadas, sin tomar las previsiones correspondientes para verificar si el actor realizaba las funciones asignadas, y menos aún para verificar si las labores desempeñadas por el trabajador ponían en riesgo su integridad física, todo ello con la finalidad de evitar el accidente ocurrido, por lo que la imputación de la responsabilidad al demandado se sustenta en la culpa inexcusable, prevista en el aludido artículo 1319 del Código Civil.

Con todos estos argumentos se brindó al demandante la suma total de S/ 20,000.00 por concepto de daño moral (*pretium doloris*) y daño a la persona (lesiones físicas).

Lo importante de este fallo es que los magistrados de la Corte Suprema sí emplearon las disposiciones de la inexecución de obligaciones y, además, de la legislación y reglamentación especial en materia de accidentes de trabajo, para determinar con exactitud si la empleadora había incumplido o no con su obligación de seguridad y que, como causa de ello, se debía compensar o no al operario demandante por las lesiones sufridas.

No obstante, pensamos que hubiese sido interesante analizar con más detenimiento la participación del acreedor de la obligación de seguridad (el trabajador) en el acaecimiento del daño, pues ello se encuentra previsto en el artículo 1326 del Código Civil como factor de reducción del resarcimiento (“[s]i el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven”), y más aún si en doctrina se acepta que en el campo de los accidentes de trabajo también media en cabeza del empleado el deber de “autocuidado”. Cabanillas Sánchez (2000), comentando algunas normas comunitarias, opina que una de las obligaciones que deben cumplir los trabajadores es la de “autoprotección, propio del conocido deber de diligencia que debe observar todo trabajador” (p. 330).

No es que neguemos que la empresa demandada haya obviado la ejecución de su deber de seguridad y de prevención de accidentes que el ordenamiento jurídico le impone, dado que

en las actividades de construcción sí resulta reprochable (y consecuentemente sancionable) que unos andámios puedan perder estabilidad y desprenderse sobre el cuerpo de un obrero, sólo mencionamos que, de acuerdo a los datos aportados por la sentencia, en la producción del daño moral sí tuvo cierta incidencia la conducta del trabajador, por lo que quizás merecía un poco más de profundización los alcances de dicho obrar en la gesta del menoscabo, máxime sí de la sentencia no se desglosa que haya sido una orden del empleador el cambio de labores del trabajador (con lo cual la discusión se acabaría de inmediato).

Por lo demás, los daños morales en el área de la construcción, como en los casos de actividades mineras, también son previsibles, dado que la integridad física de los trabajadores integra el objeto del contrato.

Virando la mirada a otro caso judicializado, queremos resaltar la decisión que se emitió al interior de un proceso en el que se requería la reparación del daño moral propiciado por el sensible fallecimiento de un joven futbolista.

En el Expediente N° 13704-2015-0-1801-JR-LA-09, se resolvió los reclamos de una pareja contra un club deportivo por la muerte del hijo de los primeros mientras este, quien era trabajador de la parte demandada, se encontraba disputando un encuentro de fútbol en la ciudad de Cusco. La causa de muerte del joven futbolista se debió a un edema cerebral con herniación de amígdalas y miocardiopatía hipertrófica.

Los demandantes sostenían que era deber del club, en aras de su obligación de seguridad y cuidado, detectar cualquier mal que pudiesen padecer sus jugadores, y con mayor razón aquellos de naturaleza cardíaca, puesto que, como tales, eran pasibles de manifestarse mientras se desplegaban actividades físicas de alta intensidad; y, además, tener a su disposición los instrumentos necesarios para socorrer a cualquiera de los futbolistas por si estos llegasen a presentar alguna mella en su integridad física. En ese sentido, arguyeron que la empleadora no habría dado cumplimiento a dichos deberes: i) no divisó el padecimiento cardíaco al momento de las evaluaciones médicas; y, ii) no tuvo a su alcance el desfibrilador que hubiese podido salvarle la vida del deportista el día del encuentro en Cusco.

En el fallo se declaró fundada en parte la demanda. Transcribiremos los aspectos más relevantes que se desprende de la sentencia contenida en la Resolución N° 12 y que inciden en el campo del resarcimiento de daños por la no diligencia en la ejecución de los deberes de seguridad, pero que, como se verá más adelante, fueron aplicados indebidamente por el magistrado si se toma en cuenta la forma en la que los demandantes plantearon su pretensión en el acto postulatorio:

Octavo.- Accidente de trabajo

(...)

8.4 En el caso de autos, no se encuentra sujeto a controversia que YAIR CLAVIJO PANTA sufrió, en fecha 21 de Julio del 2013, un accidente con muerte subsecuente, el mismo que aconteció en circunstancias en que desarrollaba sus obligaciones laborales como deportista de la institución demandada, lo cual es deducido del aserto de las partes, y que además se encuentra reseñado en el documento descriptivo de la Asociación Deportiva de Fútbol Profesional, obrante a fojas 16, suscrito por el “Comisario” de dicha institución, y según el “Acta de Suspensión del Partido entre el Club Real Garcilaso vs Sporting Cristal”, obrante de fojas 17 a 18.

8.5 Así las cosas, resulta de extrema importancia advertir que conforme el Certificado de Necropsia, obrante a fojas 10, se consigna como causas de muerte: a) Edema Cerebral con Herniación de Amígdalas Cerebelosas, y b) Miocardiopatía Hipertrófica; y como agentes causantes: PATOLOGIA CARDIACA.

NOVENO: Análisis de la configuración de los elementos de la responsabilidad civil

Antijuricidad

9.3 En relación con la antijuricidad sobre la que se erige la pretensión indemnizatoria, la parte demandante sostiene que la conducta antijurídica ejecutada por la emplazada reside en que esta no habría cumplido con sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, específicamente en el hecho de [no] haber empleado UN EQUIPO DE DESFIBRILACIÓN, para la atención de YAIR CLAVIJO PANTA en la fecha del evento dañoso, esto es que al producirse la muerte súbita del mencionado, hecho que no se encuentra sujeto a controversia, no se habría incluido el dispositivo en referencia para efectos de su reanimación.

9.4 Respecto a las obligaciones del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuya contravención implicaría la existencia de la alegada antijuricidad, la Ley N° 29783 - Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en su artículo 48 indica que el empleador ejerce un firme liderazgo y manifiesta su respaldo a las actividades de su empresa en materia de seguridad y salud en el trabajo; asimismo, debe estar comprometido a fin de proveer y mantener un ambiente de trabajo seguro y saludable en concordancia con las mejores prácticas y con el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo. De otro lado, este dispositivo legal establece, entre otras obligaciones del empleador como: i) Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo, ii) desarrollar acciones permanentes con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes, así como iii) garantizar, oportuna y apropiadamente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica, tanto al momento de la contratación, cualquiera sea la modalidad o duración, durante el desempeño de la labor o cuando se produzcan cambios en la función o puesto de trabajo o en la tecnología.

9.5 Finalmente, el empleador debe implementar medidas de prevención de los riesgos laborales tales como i) la gestión y eliminación de riesgos en su origen y aplicando sistemas de control a aquellos que no se puedan eliminar; ii) el diseño de los puestos de trabajo, ambientes de trabajo, la selección de equipos y métodos de trabajo, la atenuación del trabajo monótono y repetitivo, todos estos deben estar orientados a garantizar la salud y seguridad del trabajador iii) eliminar las situaciones y agentes peligrosos en el centro de trabajo o con ocasión del mismo y, si no fuera posible, sustituirlas por otras que entrañen menor peligro.

9.6 En este contexto, la emplazada se habría encontrado obligada a tomar medidas de seguridad y prevención, conforme el tenor de lo expuesto, lo que implica no solo la evaluación médica de sus trabajadores, sino que, siguiendo un criterio de gestión de eliminación y prevención de riesgos, tenía la obligación de prevenir las posibles contingencias atendiendo a la actividad a la cual se dedicaba, esto es, en los eventos deportivos en los que participaba.

9.7 Ahora bien aun cuando no exista instrumento normativo que indique expresamente la obligatoriedad de contar con el dispositivo referido, ello por cuanto la fuente normativa invocada en el presente, Anexo IV – Resolución N° 013 –FPF-2013 Federación Peruana de Fútbol (fojas 124 a 126), y la Circular N°1393 FIFA (fojas 127), los cuales establecían la obligatoriedad de contar con el equipo médico indicado, fueron expedidos con fecha posterior a la contingencia que nos avoca, por lo que no podría sustentarse un actuar ilícito en función a esta normativa, sin embargo atendiendo a que los deberes de prevención no se agotan con el cumplimiento de obligaciones positivadas, sino más que atendiendo a su naturaleza dinámica la cual tiene por objeto el de minimizar los riesgos en cuanto a seguridad y salud en el trabajo, lo que implica el deber de gestión y prevención de todas las contingencias previsibles correspondientes al desarrollo de la actividad empresarial, por lo que puede concluirse que en tanto la contingencia ocurrida a YAIR CLAVIJO PANTA, resulte de una circunstancia previsible a la actividad empresarial desarrollada por la demandada, y que como medida de prevención idónea para su tratamiento se encuentre el

uso del equipo de desfibrilación, se concluiría que el empleo de este último, resultaría de una obligación inherente a su posición de empleador, en cumplimiento de sus deberes de gestión de riesgos en el trabajo.

9.8 En este contexto, no obstante la emplazada refiera que el empleo de equipos de desfibrilación cardíaca no era una obligación propia de su posición de empleadora del actor, cabe traer a colación posiciones que giran en torno a la consideración de que “el deporte incrementa sensiblemente el riesgo de sufrir una muerte súbita durante la realización de una actividad deportiva intensa (...)”, en ese entendido, los casos de “muerte súbita”, están directamente ligados con la participación en competiciones deportivas, como el sufrido en el caso de autos, de ello se concluye por tanto que este no resulta una contingencia aislada o imprevisible del desarrollo de la actividad empresarial de la demandada (...).

9.9 De lo expuesto se concluye que la emplazada habría tenido la obligación de empleo del dispositivo en referencia, no obstante ello con ocasión del evento dañoso, habría incumplido con hacer uso del mismo, lo que resulta en un incumplimiento de sus obligaciones en cuanto a seguridad y salud en el trabajo. (...)

Relación de causalidad

(...)

9.14 Conviene resaltar que a partir de la Información contenida en el Dictamen N° 10-2013-2014-CSP-CR (fojas 128 a 140), se tiene como dato objetivo que en eventos como el que nos ocupa, existe una tasa de supervivencia de 80% en los casos de empleo de equipos de desfibrilación, cuando este es aplicado transcurridos 1 a 2 minutos del evento dañoso⁶, por consiguiente se concluye a partir de la máxima indicada, que la omisión en el empleo del desfibrilador a YAIR CLAVIJO PANTA, tiene incidencia causal sobre la secuela muerte de este.

9.15 A tenor de lo expuesto, se concluye que existe nexo causal entre la conducta antijurídica invocada y la muerte del trabajador, y en tanto no es determinante per se de este, sino que adquiere un alto grado probabilístico, la responsabilidad será atribuida de forma gradual a este.

Factores de atribución

(...)

9.17 Así las cosas, habiéndose determinado la omisión en el incumplimiento de sus deberes de gestión, eliminación y prevención de riesgos por parte del empleador, se advierte presencia de culpa inexcusable que en términos del artículo 1319 deviene de la inejecución de una obligación por negligencia grave, determinándose así en el caso materia de autos la presencia de la culpa inexcusable como factor de atribución.

Aunque no participamos de la inclusión de la “antijuridicidad” como parte del juicio de la responsabilidad civil (tanto en lo que respecta a la inejecución de obligaciones como a la aquiliana), lo que debe rescatarse es el análisis del quebrantamiento de la obligación de prevención y seguridad en los accidentes de trabajo, dado que la defensa de la persona jurídica demandada se sostenía en que el desfibrilador, que hubiese podido evitar la muerte del futbolista, no era de obligatoria tenencia de acuerdo a la normativa vigente en la época del deceso.

La decisión de la jueza sobre tal punto no pudo ser más correcta. La admisión de la reparación de daños por inejecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de las obligaciones de seguridad no se supedita siempre a las reglas diseñadas por la autoridad del rubro en el que la empresa desarrolla su actividad. Contrariamente, el deber de seguridad se vincula con los medios que potencialmente disminuyen o contrarrestan los riesgos generadores de ulteriores perjuicios en el campo en el que el trabajo se va a materializar. Sobre el particular se ha

afirmado que “[u]na medida concreta de prevención que, por su difusión generalizada, pasa a ser parte del patrimonio técnico-cultural de la sociedad en que la empresa desenvuelve su actividad es evidentemente una medida a adoptar obligatoriamente, aunque su utilización no venga impuesta en la normativa reglamentaria” (Cabanillas Sánchez, 2000, p. 342). Por dicha razón:

La posibilidad de adoptar una determinada medida de seguridad viene determinada por una serie de datos de hecho, como son la índole y características del trabajo, el nivel tecnológico y de organización, la experiencia y los usos practicados que, conjuntamente evaluados, determinan un nivel objetivo de seguridad, que debe aplicarse hasta el límite estrictamente compatible con el trabajo (...) (Cabanillas Sánchez, 2000, pp. 342-343).

No existía ninguna razón para que la demandada se exonere de su grave negligencia de no tener a su alcance el instrumento capaz de frenar un ataque cardíaco sólo por el hecho de que las disposiciones normativas no le imponían tal obligación. En ese sentido, es plenamente compatible el criterio que desarrolló la magistrada en la sentencia sobre este aspecto.

A pesar de lo mencionado, la sentencia contiene un error del cual no podemos ser ajenos, que guarda vinculación directa con la procedencia del resarcimiento de los daños morales por la vía de la inejecución de obligaciones cuando el acreedor muere. Y es que el deber de seguridad, al desprenderse del contrato de trabajo, tenía como acreedor al futbolista y como deudora al club deportivo, aspecto que no tendría que suscitar dudas si se contempla el principio de relatividad contractual previsto en el artículo 1363 del Código Civil⁸⁸. En esa línea, la responsabilidad por la desatención de las referidas obligaciones que se traduce en la compensación de los perjuicios debería tener como parte favorecida al acreedor lesionado. Sin embargo, lo que ocurrió en el caso bajo comentario es que este acreedor (el futbolista) llegó a fallecer, de ahí que la madre y el padre hayan sido los que llevaron adelante el reclamo en sede judicial.

Aquí podría haberse ingresado a la discusión sobre la procedencia o no del resarcimiento *iure hereditatis*⁸⁹, esto es, si los sucesores del finado tenían o no la potestad de requerir la compensación que a este le hubiese correspondido por el perjuicio representado por la pérdida de su vida, lo que traería consigo, a su vez, analizar si la responsabilidad era de carácter contractual o extracontractual; empero, lo que los demandantes hicieron a través de su derecho de acción fue incoar su propio daño moral subjetivo (malestar anímico) por la muerte de su hijo, siendo el reclamo a todas luces *iure proprio*, con la consecuencia de tener que discutir la compensación a través de la vía aquilana, dado que entre los demandantes y la demandada no existía relación obligatoria que los vincule.

Lo que ocurrió fue todo lo contrario, pues la magistrada decidió tramitar la pretensión de los padres del futbolista con las reglas de la responsabilidad por inejecución de obligaciones. Aquí la parte pertinente de la sentencia:

Sétimo.- El sustento del petitorio de la demanda

⁸⁸ **Artículo 1363.-** Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.

⁸⁹ En el Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Civil y Procesal Civil del año 2016, organizado por la Corte Superior de Justicia de La Libertad, prácticamente se descartó el resarcimiento *iure hereditatis* del daño por muerte inmediata. El acuerdo va así: “Es improcedente que los herederos reclamen una indemnización por el daño moral sufrido por quien falleció instantáneamente o por el daño a la persona del causante representado por la propia muerte de este”. Espinoza Espinoza (2016) considera que es muy difícil concebir la transmisión *mortis causa* del daño por muerte, pero estima viable el resarcimiento *iure proprio* de los deudos por el fallecimiento de un pariente (p. 312). En lo que concierne a la discusión sobre esta materia en el derecho italiano se pueden revisar los trabajos de: Viglianisi Ferraro (2019, pp. 183-198), Ferrante (2015, pp. 185-192) y Galasso (2014, pp. 257-263).

7.1 Los demandantes requieren el pago de una indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual por los daños que se le habría ocasionado por la inejecución de obligaciones a cargo de la demandada con la consecuente muerte de YAIR CLAVIJO PANTA (...).

7.2 Es importante recalcar en este punto que, del contenido de la demanda, el sustento por el cual se erigen las pretensiones indemnizatorias no se encuentran fundamentadas en lo concerniente a la transmisibilidad del daño moral respecto a quien en vida fuera YAIR CLAVIJO PANTA, esto es, que esta no es planteada *iure hereditatis*, ello por cuanto resulta inconsistente suponer que el hecho muerte implicaría una afectación en la esfera inmaterial del causante. Por el contrario, la presente es planteada *iure proprio*, esto es, como consecuencia de las aflicciones producto de la pérdida del familiar o allegado, los cuales eventualmente se encontrarían legitimados para intervenir en un litigio motivado por tal evento dañoso.

7.3 Lo señalado parte de la consideración evidente de que, “la indemnización por los daños producidos por la muerte no es transmisible porque el derecho a ser indemnizado no lo adquiere quien fallece, al haberse extinguido con la muerte su personalidad”, siendo ello así resulta legítimo el planteamiento indemnizatorio correspondiente al presente por cuanto “El fallecimiento de una persona da lugar a daños patrimoniales y no patrimoniales, pero no los sufre el que muere, sino los familiares cercanos, (...)”, lo que implica el derecho a resarcimiento en lo correspondiente a estas afectaciones, no resultando su invocación a título de sucesión.

7.4 El esquema en referencia es acogido por la tesis del denominado daño por rebote, *dommage par ricochet*, el cual plantea en casos como el que nos ocupa que, “(...) es el que nace a consecuencia del perjuicio provocado a una víctima inicial de un hecho ilícito, y que afecta a personas diversas del sujeto inmediatamente perjudicado”, en ese entendido este indistintamente podría configurarse en el marco del incumplimiento de obligaciones, como de la misma forma que en supuestos de responsabilidad aquiliana.

7.5 Respecto a lo último, reviste de peculiar importancia el señalar que **en el caso que nos ocupa, de forma atípica, aun cuando no medie vínculo contractual entre los afectados mediatos con el sujeto a quien se le imputa el evento dañoso, en ausencia de instituciones que regulen de forma específica el fenómeno abordado, este no puede comprenderse sino como, atendiendo a lo planteado en la teoría del caso, derivado de un incumplimiento de obligaciones, por cuya razón su análisis implica la verificación de los elementos de la responsabilidad civil** (el resaltado es nuestro).

No se puede cuestionar la presencia de los daños por rebotes o reflejos (*le préjudice moral par ricochet*⁹⁰) y la procedencia de su resarcimiento⁹¹, pero de lo que sí puede dudarse es que la responsabilidad que estos perjuicios desencadenan son, de forma necesaria, del mismo tipo de aquella que se hubiese generado entre la víctima de la lesión y el agente que propició el menoscabo. La jueza, como se aprecia de la sentencia, estimó que sí, es decir, que al ser el daño “directo” de fuente contractual, el daño “indirecto” tenía que ser de idéntica naturaleza, por eso es que no dudo en compensar el *pretium doloris* de los padres a través de las disposiciones de la inejecución de obligaciones⁹². Fue justamente este el desacierto del fallo:

⁹⁰ La doctrina francesa la concibe como “la reparación por el dolor sufrido por la muerte de un ser querido o incluso por los sufrimientos físicos que este haya podido padecer” (Terré, Simler, Lequette, y Chénéde, 2019, p. 1024).

⁹¹ Visintini (2015) refiere que “la legitimación a actuar por el resarcimiento del daño causado por el hecho ilícito no le corresponde solamente a la víctima directa, o, como se suele decir, a la víctima primaria, sino también a otros sujetos, personas físicas ligadas a esta en virtud de una precisa relación, o incluso a entidades titulares de intereses colectivos, que representan la suma de una pluralidad de intereses de individuo, pertenecientes a un grupo o categoría” (pp. 129-130).

⁹² Aspecto que fue confirmado por la sentencia de vista (Resolución N° 2, expedida por la Séptima Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima) de una manera totalmente descabellada, pues el Colegiado Superior cita incluso una norma que no sirve para justificar su conclusión: “3.2. [C]uando el trabajador fallece su esposa y/o conviviente junto a sus hijos pasan a ser los titulares de sus derechos laborales; en el presente caso los sucesores del futbolista fallecido YAIR JOSE CLAVIJO PANTA se encuentran plenamente identificados y son: JOSE ANTONIO CLAVIJO NUÑEZ y MAURA

dar pie a la pretensión con las reglas de la responsabilidad contractual cuando en realidad, al no estar presente un vínculo entre el dañante y a los dañados, tuvo que haberse usado los mandatos de la responsabilidad extracontractual⁹³.

Aquí para justificar el recurso de la responsabilidad contractual no se acudió a la teoría de los “efectos protectores del contrato a favor de terceros”⁹⁴, que por lo demás sería sumamente discutible haberla incorporado sin una escrupulosa evaluación previa a nuestro medio⁹⁵. Por ende, lo aconsejable hubiese sido descartar a la inejecución de obligaciones y enjuiciar la causa con la responsabilidad aquiliana, y, una vez demostrados sus elementos, proceder a brindar la suma resarcitoria solicitada por los padres del futbolista fallecido por concepto de perjuicio moral.

Entonces, es importante que en los casos de no ejecución de las obligaciones de seguridad en el campo de los contratos de trabajo que desemboquen en la muerte del trabajador se estudie la pretensión que forjan los deudos, ya que si la demanda contiene la afirmación de un daño moral *iure proprio*, lo adecuado es proceder con la normativa de la responsabilidad extracontractual y dejar de lado a la responsabilidad contractual.

ELENA PANTA GANBOA en su condición de padres del referido trabajador (...); en consecuencia la indemnización por daños y perjuicios causados por accidente de trabajo, es un tema que concierne al derecho laboral debido a que tiene como punto de partida el contrato de trabajo; si bien la responsabilidad civil se encuentra normada en el Código Civil; en el presente caso, la responsabilidad civil nace del incumplimiento de obligaciones laborales, con lo que se ubica dentro del ámbito laboral y no civil; máxime si el artículo 2 numeral 1) de la Ley N° 29497 refiere: ‘Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: (...) b) La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio. (...)’.

Se recurre al estatuto contractual para justificar la competencia de los jueces laborales en la solución de la controversia, no obstante, el artículo 2 inciso 1 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, señala con suma claridad que dicha competencia se supedita a la demanda resarcitoria que una de las partes presenta en contra de la otra, siendo pues las partes los sujetos que se encuentran en la relación creada por el contrato de trabajo. La excepción a esta regla solamente se aprecia cuando el tercero demandante que sufrió el detrimento fue el usuario del servicio que prestaba el empleador y que ejecutaba el trabajador. Por ninguna parte se dice que los parientes del familiar fallecido en la ejecución de sus labores se encuentren habilitados para demandar por responsabilidad contractual sus propios daños, mucho menos que la competencia recaiga sobre los magistrados de la especialidad de trabajo.

⁹³ Tampoco puede ser fuente de confusión el contenido del artículo 53 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (“[e]l incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales”), dado que lo único que hace es precisar que los derechohabientes del trabajador tienen legitimidad para reclamar el resarcimiento y las indemnizaciones que correspondan, mas no que el tipo de reclamo sea de carácter contractual.

⁹⁴ Sobre el particular Moscati (2007) informa que “fuera de la hipótesis del contrato a favor de tercero, están emergiendo cada vez con mayor frecuencia en la praxis (...) situaciones en las cuales un tercero tiene un específico interés en la exacta ejecución de un contrato, aunque por definición este no es parte ni puede valerse de los remedios contractuales regulares para el cumplimiento coactivo de la prestación de una de las partes. En otros términos, la ejecución inexacta de un contrato puede significar un perjuicio a la persona o bien a los bienes de un tercero, que se encuentre en una relación de ‘proximidad’ con una de las partes del contrato. En esta hipótesis el cumplimiento o la equivocada ejecución del contrato sí repercute sobre un interés jurídicamente protegido del tercero” (p. 57), siendo admisible el reclamo de daños a través de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones. Se muestra a favor de esta teoría Morales Hervias (2013, p. 53 y ss.). Es de informar que este postulado es originario de la doctrina y jurisprudencia alemana y que se ha buscado importar al ordenamiento jurídico italiano por autorizadas voces. Por ejemplo, Castronovo (1976), partidario de este fenómeno, opinaba que la extensión de la tutela contractual a favor de terceros era un fenómeno de justicia material: “si en el desenvolvimiento de una relación obligatoria se lesiona un derecho de tal modo que, según el caso, deba seguirse un resarcimiento, es justo hacer recaer sobre el dañante, como criterio de adecuación y de previsibilidad, sus efectos sancionadores, cualquiera que sea el sujeto –parte de la relación o tercero, cuyo daño era igualmente previsible e igualmente, por lo tanto, adecuado respecto con el tipo de relación- que ha sufrido efectivamente el daño” (pp. 126-127).

⁹⁵ En latitudes cercanas a la nuestra se ha dicho que “[l]a estrechez del sistema aquiliano germánico indujo a la jurisprudencia a reconocer a través de la cláusula de la buena fe ciertos deberes de protección para con los terceros ajenos a la relación contractual quienes cuentan de este modo, bajo ciertas condiciones, de una acción contractual para reclamar el daño sufrido por el tercero como consecuencia del (mal) cumplimiento de un contrato. Pero esta construcción, preñada por las características propias del sistema alemán, que cimienta una indebida *contractualización de la responsabilidad*, es ajena a nuestro sistema” (De Lorenzo, 2007, p. 43).

3.3.3. Daño moral en las prestaciones médicas

La prestación médica, al tener por objeto el estado de salud de los pacientes, es susceptible de generar, si es que no llega a ejecutar de una manera adecuada, lesiones al derecho fundamental a la integridad psíquica y/o física del paciente, lo que a su vez arrojaría litigios en los que se demande el resarcimiento por los daños morales ocasionados.

Ahora, en la doctrina ya se ha señalado que el problema de la responsabilidad civil médica es la no posibilidad de encuadrar los conflictos en un único supuesto de hecho, y esto porque en no todos los pleitos de este tipo se presenta una misma relación entre los sujetos que comúnmente resultan involucrados⁹⁶: paciente, personal médico y estructura sanitaria. Sin embargo, en nuestro medio hay un gran consenso que favorece el carácter contractual de la responsabilidad que se desprende del mal actuar del galeno, ya sea si es imputada de forma directa a este por la suscripción de un contrato de locación de servicios, ya sea si es imputada al hospital o clínica por los hechos de sus dependientes, dado que en uno y otro caso media una relación jurídica obligacional previa entre el que presta el servicio médico y el usuario-paciente, incluso en aquellos casos de atención en emergencia.

Sobre este último punto, Barchi Velaochaga (2000), al tratar las atenciones hospitalarias de emergencia, apunta que entre la estructura sanitaria y el paciente existe una relación obligatoria de fuente heterónoma, es decir, que el derecho de crédito de este nace por mandato de la ley⁹⁷, de ahí que los daños que pudiesen originarse tendrían que ser resarcidos por la vía del incumplimiento (pp. 42-44). De igual parecer es Buendía de los Santos (2020b), ya que, tomando como base los artículos 3 y 39 de la Ley General de Salud, señala que el paciente goza de un derecho a ser atendido, mientras que la estructura sanitaria ostenta el deber de atender si se aprecia un acontecimiento calificable como emergencia médica, por lo que se cumpliría con los elementos que caracterizan a la relación obligatoria, siendo que la inobservancia de la prestación médica o su observancia defectuosa desembocaría en un caso de responsabilidad por inejecución de obligaciones (pp. 114-115).

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente N° 1615-00, reconoció el carácter contractual de la responsabilidad en un caso de transfusión de sangre infectada con VIH:

Cuarto.- (...) [S]e impetra la pretensión de indemnización por no haberse entregado sangre pura de manera tal que la proporcionada por el Instituto Materno Infantil (ex Maternidad de Lima) se encontraba infectada, habiéndose transmitido el SIDA al menor Daniel Alegría Barahona; que desde el punto de vista de la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad médica en particular, nos encontramos con su supuesto de la responsabilidad de naturaleza contractual (...).

En apoyo a esta tesis en casos como el que se acaba de dar cuenta se ha dicho que media un vínculo obligatorio cuando se lleva a cabo una prestación de transfusión sanguínea, por lo que la responsabilidad por los daños tiene que ser considerada de naturaleza contractual (Buendía de los Santos, 2020b, p. 150).

⁹⁶ Así, León Hilario (2017), quien no duda en estimar que este fenómeno se debe, por ejemplo, a la variada forma en la que se permite funcionar u organizar una clínica privada (pp. 849-850).

⁹⁷ Sobre la responsabilidad por inejecución de obligaciones por la inobservancia de obligaciones *ex lege*, puede consultarse el trabajo de Campos García (2015), en el que se anota que “la sistemática de nuestra normativa (...) permite afirmar que sólo estaremos ante la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, allí donde haya mediado una relación de obligación (negocial o no) incumplida que genere un daño (carácter especial). En los demás casos, será de aplicación el régimen de responsabilidad extracontractual (carácter general y residual)” (p. 162).

Dejando de lado lo anterior, la discrepancia se ha centrado más en el tipo de responsabilidad que afrontaría el médico frente al paciente cuando aquel es un dependiente de la estructura sanitaria: algunos piensan que al no mediar vínculo obligatorio la responsabilidad debería ser aquiliana⁹⁸, mientras que otros, abrazando la teoría del “contacto social”, puntualizan que la responsabilidad sería más bien por incumplimiento al haberse gestado una relación obligatoria con deberes de protección⁹⁹. Tampoco ha faltado el argumento de la unificación de la responsabilidad civil en el campo de la responsabilidad médica-sanitaria con el propósito de evitar el desamparo resarcitorio del paciente víctima de la *mala praxis*¹⁰⁰.

Por nuestra parte nos sentimos más cercanos a la primera de las posiciones, dado que, como ya ha sido apreciado, son muchas las complicaciones que se observan en el ordenamiento jurídico nacional para aceptar sin más la teoría de los deberes de protección¹⁰¹, sobre todo por la no coincidencia de nuestro estamento normativo con el alemán (sitio donde se originó dicha teoría); así como lo perjudicial que sería pretender unir la responsabilidad por inejecución y la responsabilidad aquiliana cuando los intereses en juego no son equivalentes¹⁰².

Dejando de lado la discusión anterior, un supuesto que sí debería ser calificado como extracontractual se encuentra en la demanda que plantea el pariente del paciente cuando este falleció por la falla del profesional. Aquí, al ser el reclamo personal, es decir, una pretensión de resarcimiento por el *pretium doloris* padecido, y al no existir una relación obligatoria que vincule al deudo con la estructura sanitaria o con el profesional tratante, entonces la solicitud tendría que merecer la calificación de aquiliana. Por eso pensamos que en la Casación N° 1325-2018-Ancash se cayó en una equivocación al haber permitido que la discusión haya tenido como sustento jurídico el estatuto de la inejecución de las obligaciones cuando quien demandó fue la hermana del paciente que murió por la negligencia del médico. En la narración de los hechos claramente se lee:

Mediante escrito de fecha diecinueve de abril de dos mil once, la parte actora interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad médica en la esfera de la responsabilidad contractual por la suma de S/ 1,000.000.00 por los siguientes conceptos: por daño moral S/ 300,000.00, por daño emergente S/ 200,000.00 y por lucro cesante S/ 500,000.00. Fundamenta su pretensión la parte accionante, en que el día veinticuatro de octubre de dos mil siete, siendo aproximadamente las once horas de la mañana, su extinto hermano DANIEL SAMUEL LEIVA SÁENZ, fue trasladado a las instalaciones de la Clínica San Pablo de Huaraz, por encontrarse grave de salud, en razón que, durante dos días consecutivos, había hecho más de veinte deposiciones líquidas, en regulares cantidades; presentando además de ello, náuseas, vómitos, dolor abdominal tipo cólico, fiebre, escalofríos, con presión de 80/60 y 38° de temperatura. Indican que, al ser

⁹⁸ Se alinean a esta posición: Fernández Cruz (1995, pp. 65-66); Barchi Velaochaga (2000, pp. 51-53); Cieza Mora (2013, pp. 86-89); Fernández Sessarego y Woolcott Oyague (2018, pp. 506-09).

⁹⁹ Postulan esta solución: León Hilario (2017, pp. 852-855) y Buendía de los Santos (2020b, p. 102). También puede agregarse a Morales Hervias (2013), pues si bien en un trabajo anterior refería que la responsabilidad del médico dependiente era de carácter extracontractual (Morales Hervias, 2007, pp. 23-25), luego, mostrando su apego a la teoría de los “deberes de protección”, precisa que “cabe hablar de la obligación sin prestación en los casos de la obligación sin prestación del médico frente al paciente, a diferencia de la obligación con prestación del médico frente a la estructura sanitaria” (pp. 62-63).

Si se quiere tener noticias sobre el origen de los deberes de protección en el sistema alemán, su distinción respecto de los deberes de seguridad del sistema francés, las justificaciones y las oposiciones sobre su incorporación en el sistema italiano, así como de las posturas a favor de su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico, puede revisarse: Buendía de los Santos (2020b, pp. 58-102).

¹⁰⁰ El argumento es esgrimido por Espinoza Espinoza (2016, p. 920 y ss.).

¹⁰¹ Para un entendimiento del origen y las particularidades de la teoría del “contacto social” y los “deberes de protección”, así como la pertinencia o impertinencia de su importación a nuestro ordenamiento jurídico, puede verse también el estudio de Saavedra Velazco (2015, pp. 269-274).

¹⁰² De imprescindible revisión es el trabajo de Escobar Rozas y Velarde Saffer (2010, pp. 133-145) y León Hilario (2017, pp. 148-162).

ingresado a la clínica antes mencionada, fue atendido por el médico internista y demandado CÉSAR JACINTO LEÓN CHAHUA, el mismo que, lejos de ordenar que se le practicaran los análisis que el caso ameritaba, sólo optó por realizar un tratamiento de hidratación con dos (02) litros de suero y antibióticos, cuando lo que se requería era un tratamiento especializado que impidiera que se degrade más la salud de su hermano por el paso del tiempo. Precisan que aproximadamente a las 17:00 horas, luego de los constantes reclamos de sus familiares, su difunto hermano fue trasladado a la Unidad de Cuidados Intensivos de la demandada Clínica San Pablo, para recién ser intervenido quirúrgicamente a las 11:30 de la noche con la finalidad de retirarle la orina que se le venía acumulando debido a las dificultades que presentaba para miccionar, agravándose su salud al día siguiente, por presentar dificultad respiratoria progresiva a las 5:30 de la mañana, siendo atendido solo por una enfermera, quien intentaba comunicarse telefónicamente con algún médico para poder atender a su hermano, presentando a las 8:00 de la mañana un paro respiratorio, para finalmente fallecer a las 8:35 de la mañana del día veinticinco de octubre de dos mil siete, como consecuencia de un shock séptico, pielonefritis crónica + enteritis aguda e inmunodeficiencia por agente infeccioso, conforme consta de la Historia Clínica; todo ello derivado de la grave negligencia médica y mala praxis médica.

El *a quo*, el *ad quem* y la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema consideraron que la pretensión estaba correctamente formulada con las reglas de la responsabilidad contractual, pues de la sentencia se aprecia que los daños materiales y morales fueron resarcidos por tales disposiciones (en el caso del último perjuicio se concedió S/ 300,000.00). Tal proceder en este concreto escenario, como ya dijimos, no nos parece correcto, pues no existe relación obligatoria de origen negocial o legal alguna. Quizás lo que motivó a la parte demandante a formular así su pretensión fue que el plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual (dos años *ex* artículo 2001 inciso 4 del Código Civil) ya había transcurrido, dado que entre el deceso de su hermano y la interposición de la demanda pasaron casi cuatro años.

Regresando al tema principal, en los casos que se admita la presencia de una responsabilidad por inexecución de obligaciones en el campo sanitario (que vendría a ser la mayoría), el daño moral será resarcible (artículo 1322 del Código Civil) si es que se desprende de un comportamiento indebido del personal médico, lo que resulta indudable puesto que es la salud e integridad del paciente el que compone el objeto de la obligación. Para confirmar lo sostenido traemos a colación las palabras de Vidal Olivares (2018):

El daño moral contractual es la consecuencia de la lesión del llamado interés de indemnidad o integridad de que es titular el acreedor o paciente que se somete a una intervención médica o quirúrgica. El deudor –médico– asegura por intermedio del contrato la indemnidad del paciente, en términos que, si incumple y ella se ve lesionada, se activa la obligación de indemnizar a su favor (p. 76).

Un caso interesante que nos ofrece nuestra jurisprudencia lo encontramos en la Casación N° 458-2005-Lima. Aquí, una paciente demandó a una clínica el resarcimiento del daño moral (y otros daños) a través de las disposiciones de la inexecución de obligaciones a causa de una indebida colocación y ulterior seguimiento, por parte de su personal médico, de una vía central yugular izquierda que derivó en la perforación de la referida vena (extravasación) y que, a su vez, desencadenó un derrame pleural bilateral. En primera instancia se desestimó la pretensión por considerar que el catete fue colocado adecuadamente, con lo cual se negaba que el posterior derrame pleural bilateral haya sido consecuencia de dicho proceder. La Sala Superior revoca la sentencia, declarando fundada la demanda por los siguientes fundamentos:

[L]a causa no debe centrarse solo en establecer si fue o no correcta la inserción del catéter a la paciente, que por lo demás fue una decisión acertada para la reposición de fluidos, sino dilucidar si se obró con la diligencia necesaria y el seguimiento cuidadoso posterior a su

inserción, sobre todo por el hecho de haber derivado en un derrame pleural bilateral, y si aquello pudo ser advertido oportunamente por los médicos de la demandada. Analizado el dictamen (...) [se] concluye (...) que la paciente, a partir del día quince de abril de mil novecientos noventa y seis, presentaba dolor en el hombro izquierdo, irradiado al miembro superior del mismo lado, que fue acentuándose con el paso de los días, sin que los médicos de la Clínica demandada supieran detectar a tiempo la causa de dicho malestar, habiendo incluso confundido el diagnóstico con una “atelectasia pulmonar”, lo que motivaría la demora en el retiro del catéter, derivando en el derrame pleural.

A pesar de lo precisado, la Sala Superior no concedió un monto concreto por concepto de daño moral, siendo únicamente resarcidos los daños materiales. Por su parte, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, admitiendo la existencia de una negligencia en la prestación del servicio por parte de los dependientes de la clínica demandada, procedió a otorgar el resarcimiento por los perjuicios inmateriales padecidos por la víctima:

Noveno.- Que, en materia de responsabilidad contractual, el Código Civil vigente ha ampliado la esfera del resarcimiento a que está obligado el causante del daño, de tal forma que no solo la circunscribe a la reparación del daño patrimonial (lucro cesante y daño emergente), sino además reconoce el derecho de la víctima a recibir una indemnización por el daño extrapatrimonial, específicamente por el daño moral, conforme aparece regulado en el artículo 1322 de su texto, entendiéndose como tal a las angustias o padecimientos sufridos como consecuencia directa del daño causado.

Conforme aparece de la revisión de la demanda, la actora pretende el pago de una indemnización por los conceptos de lucro cesante, daño emergente, daño moral y daño a la persona, los cuales expresamente reconoce la sentencia de vista en su décimo noveno considerando; sin embargo, dicha decisión, al reformar la apelada, lo hace aplicando exclusivamente el artículo 1321 del Código Civil, y por su solo mérito limita el pago de la reparación únicamente a los conceptos de lucro cesante y daño emergente, sin considerar que el artículo 1322 del mismo cuerpo normativo señala que el daño moral también es susceptible de resarcimiento, cuando él se hubiera irrogado; por tanto, al haber inaplicado la Sala Superior dicha norma, corresponde a este Tribunal Supremo pronunciarse sobre el fondo del asunto, actuando en sede de instancia, conforme lo autoriza el artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil.

Décimo.- Que, según fluye de los medios probatorios acompañados al proceso, particularmente de la historia clínica de la paciente, aquella ha padecido sufrimientos y angustias durante su internamiento en la Clínica San Lucas, con reiterados episodios nauseosos, sin poder dormir bien y con intensos dolores que minaron su autoestima, solo calmándose en presencia de sus familiares, quienes le brindaron su apoyo en todo momento, y a cuya iniciativa se dispuso el traslado de la paciente a otro nosocomio, daños que atañen a su esfera subjetiva y que corresponden ser cuantificados conforme a la facultad que otorga el artículo 1332 del Código Civil, según el cual si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa. Por tanto, este colegiado supremo estima como monto a resarcirse por daño moral la suma de diez mil, nuevos soles, más intereses legales.

El punto que no nos parece correcto de este fallo es la reducción del concepto de daño moral, pues este, como ya hemos indicado, va más allá de la afectación a los estados de ánimo del deudor por la incorrecta ejecución de la prestación. Además, debemos agregar que en la sentencia se indica que la responsabilidad de la clínica es indirecta *ex* artículo 1325 del Código Civil¹⁰³. Cabría agregar que, de acuerdo a la Ley General de Salud, Ley N° 26842, la responsabilidad de la estructura sanitaria (en este caso privada), adicionalmente, es solidaria: “El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por

¹⁰³ **Artículo 1325.-** El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario

los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia” (artículo 48, primer párrafo). No obstante, como ello no fue materia de discusión en el proceso, el resarcimiento deberá ser pagado por la clínica, aunque, a propósito de la disposición bajo referencia, tendría un derecho de repetición frente a su personal.

Yendo al punto del alcance del daño moral en las hipótesis de inejecución de obligaciones, en la Casación N° 1318-2016-Huancavelica, en la que también se discutía el supuesto de una *mala praxis* al interior de una entidad hospitalaria (no se diagnosticó la Estenosis uretral severa que padecía el demandante y, por el contrario, se realizó una cirugía de Hipertrofia benigna de próstata y la colocación de una sonda Foley sin que haya existido evidencia suficiente que justifique dicha operación), se indica que el daño moral es sinónimo de *pretium doloris*, pero que en aras de salvaguardar los derechos del paciente se debe aceptar que la definición de daño moral prevista en el artículo 1322 del Código Civil sea amplia:

Sétimo.- Daño moral y daño a la persona en materia de inejecución de obligaciones:

(...)

6. [E]ste Tribunal Supremo considera que en el caso en cuestión la única solución válida para quien ha sufrido severos perjuicios en su organismo, que repercuten en su estructura psíquica y en su entidad corporal, solo puede consistir en otorgar una indemnización que comprenda tanto lo que comúnmente se ha entendido como daño moral (aflicción, pena) como el perjuicio psicosomático sufrido y el daño al proyecto de vida (daño a la persona), pues entonces la víctima recibe una reparación acorde con el daño sufrido. Lo contrario ocasionaría que a pesar de haberse verificado el daño se privilegie, por un asunto de formas, la guerra de etiquetas conceptuales, y se niegue a la víctima, a quien le es irrelevante saber cómo se llama el daño, la indemnización que le corresponde.

7. Eso nos lleva a señalar que, en el campo de la inejecución de obligaciones, el daño moral resulta equivalente a la noción conceptual del daño a la persona, es decir, hay que entenderlo de manera amplia como aflicción o sufrimiento, daño a la integridad psicosomática y daño al proyecto de vida, de lo que sigue que cualquier pedido que se realice por daño moral deberá tener en cuenta tal situación.

El daño moral, sencillamente, no necesita ser equiparado al daño a la persona para que pueda desempeñar un rol tutelar del acreedor cuando el deudor le gaste perjuicios inmateriales por el inadecuado desarrollo de la prestación. El daño moral es todo daño no pasible de evaluación económica, y el daño a la persona una manifestación de esta que se recrea en la lesión a la integridad psicofísica. El daño moral es el género, el daño a la persona su especie.

Pasando ahora a la Casación N° 4104-2015-Lima, tenemos la pretensión de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones que interpone una mujer en contra de una clínica y de la ginecóloga que laboraba en ella, esto por la incorrecta ejecución del parto que culminó con la muerte del hijo de la demandante. Lo importante de este fallo es que la Primera Sala Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema otorgaron un resarcimiento por daño moral (S/ 100,000.00) al constatar que galena procedió con culpa inexcusable al no haber atendido el parto en el tiempo correcto pese a la presencia de sufrimiento fetal, lo que derivó que el meconio del recién nacido se impregne en sus vías respiratorias, lo que posteriormente le produciría la muerte por un “Shock séptico: Bronconeumonía, secuela de encefalopatía hipóxica isquémica-reflujo gastroesofásico”:

Noveno.- (...) [N]o se llega a verificar la infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil, si se tiene en cuenta que dicha normatividad dispone que los medios probatorios serán valorados de manera conjunta por el juez, utilizando su apreciación

razonada, expresándose solo las valoraciones esenciales y determinantes que finalmente sustentaron su decisión; habiéndose establecido en la sentencia de vista impugnada que la conducta antijurídica de la doctora Rosa Angélica Mesía Cuadros resulta manifiesta a partir de la conducta negligente de la referida profesional médico al haber atendido a la accionante después de 01 hora de haber alcanzado la paciente una dilatación completa en grado 10 centímetros (ello por cuanto conforme quedó establecido en autos, la dilatación completa se alcanzó a las 22.00 horas y la orden para que la demandante pase de la Sala de Dilatación a la Sala de Partos se dio a las 23.00 horas, hecho que se llega a verificar, según lo antes señalado, a partir de la valoración de los citados Informes que forman parte de la Historia Clínica de la paciente, lo que sugiere, por consiguiente, que la accionante no recibió una atención oportuna y eficaz por parte de la doctora Rosa Angélica Mesía Cuadros que era su médico tratante, situación que trajo como resultado que el bebé naciera con el sistema respiratorio impregnado con meconio lo que desencadenó finalmente en la muerte del citado menor, situación que incluso contiene como agravante el hecho que la demora en atender a la demandante se debió a la espera del esposo de la citada profesional médico, no obstante que la Clínica disponía en ese momento de un pediatra de turno que se encontraba disponible para cubrir este tipo de eventos.

(...)

Décimo segundo.- (...) [N]o se advierte la concurrencia de vicios insubsanables que afecten el debido proceso, en tanto la sentencia recurrida contiene una motivación coherente, precisa y sustentada en base a los hechos invocados y al material probatorio aportado y analizado en el proceso de manera conjunta, que ha servido finalmente de sustento para la emisión de la sentencia de vista aquí recurrida, en observancia a las garantías constitucionales contenidas en los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, al haberse establecido la existencia concurrente de los elementos que conforman la responsabilidad civil demandada a título de culpa inexcusable debido a la existencia de una demora injustificada en la atención de la demandante en la Sala de Partos, por el simple hecho que la demandada debía esperar a su esposo con quien laboraba en las labores de atención de parto en la citada Clínica, cuando era evidente que existía un pediatra de turno en quien la doctora en todo caso podía apoyarse para este tipo de circunstancias y no demorar en la atención de la paciente y del subsecuente parto como en efecto así sucedió, tanto más, cuando según el Certificado Médico Legal precitado, el concebido desde las 21.00 horas, se encontraba en un cuadro de sufrimiento fetal agudo lo que se agravó con la presencia de meconio en las vías respiratorias del recién nacido lo que condujo a una encefalopatía hipóxica (falta de oxígeno en el cerebro) y muerte posterior del recién nacido.

(...).

Décimo quinto.- Del análisis de la sentencia de vista se advierte de manera cierta que la Sala Superior ha establecido la existencia de una culpa inexcusable en la doctora demandada (última parte del décimo considerando de la sentencia de vista), en aplicación subyacente del artículo 1319 del Código Civil, en tanto que resultaba previsible que dicha profesional médica conociera que podría causar daño al no ser diligente en la atención médica oportuna y eficaz de la demandante como en efecto así sucedió y que finalmente originó que el menor naciera con el sistema respiratorio impregnado de meconio, hecho que desencadenó en la muerte posterior del menor por insuficiencia de oxígeno en el cerebro, situación que en este caso en particular se agrava por la demora en la atención de la paciente y del feto que desde las 21:00 horas venía haciendo sufrimiento fetal agudo al encontrarse los latidos fetales entre 120 a 126 por minuto (...).

Si bien hemos admitido que el daño moral en el campo de la responsabilidad médica incidiría más en los perjuicios a la integridad física del paciente, en este caso lo que se compensó fue el *pretium doloris* de la madre por el fallecimiento de su hijo, lo cual es admisible en su totalidad, más aún por la culpa inexcusable en la que incurrió la ginecóloga durante su intervención.

Sobre la culpa inexcusable en este ámbito no queremos dejar de mencionar que compartimos las críticas que nuestra doctrina ha realizado al artículo 1762 del Código Civil. Como se recuerda, esta disposición señala que “[s]i la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable”, lo que permitiría concluir que los médicos, al prestar un servicio profesional, sólo podrían ser condenados al resarcimiento si es que se acredita la negligencia grave o el dolo. Esto, a pesar de la literalidad del artículo bajo referencia, no debería ser interpretado así, sino más bien que el profesional siempre será responsable, incluso por la culpa leve, siendo la excepción el que la prestación a su cargo denote una dificultad mayor a la normal, en el sentido de no existir certeza sobre los resultados de la actividad que desarrolla, hipótesis en la cual responderá sólo si se comprueba su culpa inexcusable o su dolo.

Al respecto, refiere Fernández Cruz (1995) que el límite de la responsabilidad que asume el profesional, y específicamente el que se desarrolla en el campo médico, será utilizado sólo “en donde el estado actual del conocimiento científico no permita afirmar nada cierto en torno a una enfermedad o acto médico, por no existir experiencia al respecto” (pp. 63-64). Lo mismo Barchi Velaochaga (2000): “el profesional (...) sólo responde, cuando la prestación implica solución de problemas de especial dificultad, por los daños y perjuicios, en caso de dolo o culpa inexcusable” (p. 50).

Para apoyar lo mencionado se puede recurrir al artículo 2236 del Código Civil italiano: “Si la prestación supone la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de obra no responde de los daños, si no en caso de dolo o de la culpa grave”. Smorto (2013) ha comentado que el régimen que consagra dicha norma beneficia “únicamente a los problemas que presentan las características de excepcionalidad o extraordinariedad, porque no están adecuadamente estudiados y probados por la ciencia o son susceptibles de soluciones múltiples e incompatibles con el estado de la investigación” (p. 652), por el contrario, “la responsabilidad por mala ejecución de los servicios sanitarios o intervenciones médicas que no impliquen problemas técnicos de especial dificultad es devuelta al régimen ordinario previsto en el artículo 1176¹⁰⁴, segundo párrafo, del c.c., que no exime de responsabilidad al médico que cae en culpa leve” (p. 652).

Al respecto, en la Casación N° 4932-2015-Lima, la Corte Suprema anuló la sentencia de vista, que había confirmado la sentencia de primera instancia, por no haber procedido con evaluar si es que el médico se encontraba o no calificado para proceder con una blefaroplastia, así como si una mala ejecución de dicha operación podría acarrear la pérdida de visión en el paciente:

Décimo segundo.- En este contexto, puede evidenciarse que el meollo del presente proceso radica esencialmente en determinar si efectivamente la pérdida de la visión de la demandante fue a consecuencia de una *mala praxis* médica, respecto de lo cual la recurrente, al sustentar su recurso de apelación contra la apelada que declara infundada la demanda, sustentó que la imprudencia del emplazado radica en el hecho de que por un lado le habría colocado anestesia en el nervio óptico derecho, cuando ambos ojos se encontraban muy hinchados por acumulación de sangre, sin prever las consecuencias químicas de su aplicación, ocasionándole un shock en el nervio que le causó la pérdida de la visión, así como haber ejercido presión sobre su ojo para drenarle la sangre acumulada, sin prever que la presión ejercida con la mano podía causarle daño interno en el ojo y con ello la ceguera; asimismo señaló también que el demandado no cuenta con autorización del Ministerio de Salud que autorice el funcionamiento del establecimiento médico donde se le intervino quirúrgicamente, ni

¹⁰⁴ Artículo 1176 del Código Civil italiano (segundo párrafo).- En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, se debe evaluar la diligencia respecto de la naturaleza de la actividad realizada.

contaba con médicos auxiliares, anestesiólogo, ni enfermera de apoyo, hechos que no han sido tomados en cuenta por el juez.

Décimo tercero.- Ahora bien, al analizar la sentencia de vista objeto de impugnación, este Colegiado observa que el asunto antes descrito no ha merecido un examen razonado por parte de la Sala Superior, amparándose de manera muy somera en los mismos argumentos que el *a quo*, en el sentido de que los informes médicos no han concluido que la pérdida de la visión del ojo derecho haya sido como consecuencia de la intervención quirúrgica, sin antes tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) Si la cirugía de la blefaroplastia o cirugía de los párpados puede ser realizada por un médico cirujano o necesariamente por un médico especialista en cirugía plástica.

b) Determinar a través de un peritaje si la cirugía de la blefaroplastia o cirugía de los párpados puede ocasionar atrofia del nervio óptico, y en qué casos.

El que no haya sido un médico especialista el que llevó adelante la cirugía es una razón suficiente para imputar la responsabilidad por incumplimiento, con el consecuente resarcimiento de los daños morales, si es que se demuestra que la pérdida del sentido de la vista derivó de una inadecuada ejecución de la prestación. Como ya se ha anotado, “cuando la ejecución de la prestación requiere de una pericia superior a la ordinaria, el profesional genérico no es responsable por no tener los conocimientos especializado, pero sí responderá si no se percata de la necesidad de recurrir al especialista” (Barchi Velaochaga, 2000, p. 50).

Por último, deseamos revisar la Casación N° 2510-2017-Lima, pues aquí se recurre al artículo 1332 del Código Civil para estimar el daño moral que sufrió una paciente al haber contraído la bacteria *staphylococcus aureus* en el nosocomio en la que fue sometida a una cirugía. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema avala el fallo de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima en el extremo que decidió conceder a la parte demandante la suma de S/ 80,000.00:

Sexto.- La demandada refiere que el Colegiado Superior omitió justificar el monto fijado por concepto de daño moral, el mismo que considera excesivo en la suma de ochenta mil nuevos soles, sobre el particular, es de verse de la resolución de vista cuestionada, que a partir del considerando tercero, la Cuarta Sala Civil, analizó la pretensión de pago por concepto de daño moral, señalando específicamente que “para establecer el *quantum* del daño moral, es necesario tener presente las circunstancias del caso en controversia”, es por ello que merita: i) el Informe de Auditoría Médica emitido por la Oficina de Epidemiología y Programas Preventivos del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati, que concluye que la paciente fue registrada por el sistema de vigilancia epidemiológica activa el doce de marzo de mil novecientos noventa y ocho, como un caso de infección intrahospitalaria tipo septicemia; ii) en la historia sólo se registró cultivo y antibiograma de secreción de fascitis necrotizante del miembro inferior derecho el veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho, el cual resultó negativo, no se aislaron los gérmenes, estuvo con antibioticoterapia; iii) luego del alta se encontró en la historia un resultado de cultivo solicitado de la secreción de las úlceras residuales en rodilla derecha, las cuales resultaron positivas el dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho y se aisló *estafilococo aureus*; iv) la paciente tuvo una estancia hospitalaria de 68 días en su reingreso al hospital por infección intrahospitalaria; v) en el Peritaje Médico Jurídico corriente a fojas ochocientos sesenta y nueve, ratificado en la Audiencia Complementaria de fojas novecientos cincuenta y ocho, se concluye, que la demora en los resultados de los estudios de imágenes cuando la paciente se encontraba en consulta externa, retrasó el tratamiento adecuado y oportuno antes de la cirugía; vi) la incongruencia de los diagnósticos de traumatología con relación a los otros profesionales y entre los mismos traumatólogos demuestra la falta de aplicación de criterios diagnósticos y terapéuticos en el servicio; vii) los hechos analizados establecen la presencia de germen intrahospitalario causante de la infección de la herida operatoria en concordancia con lo manifestado por el médico tratante; viii) los registros en la historia clínica son deficientes,

incumpliendo las disposiciones que reglamentan el uso de este documento médico legal llevada a cabo; ix) la demandada al contestar la acción acepta tácitamente el contenido de los informes de Auditoría del mismo hospital y solo los refuta en cuanto a que tales bacterias las pudo haber adquirido en cualquier lugar y momento, empero, en el proceso quedó establecido que la bacteria fue adquirida intrahospitalariamente; x) que esta le generó la infección y trajo como consecuencias lesiones físicas que a su vez produjeron sufrimiento y angustia a la demandante. Estos argumentos resultan bastos para justificar la determinación del daño, además, al margen que los fundamentos vertidos en la resolución cuestionada resulten compartidos o no en su integridad, éstos constituyen motivación suficiente, toda vez que se sustentan en los hechos invocados, absuelve las posiciones y contraposiciones asumidas por las partes durante el desarrollo del proceso.

Sétimo.- Sobre el daño moral, es pertinente realizar algunos apuntes, si bien la falta de precisión en su probanza y que se quiera reparar económicamente el daño no patrimonial, ha llevado a sostener a algunos tratadistas que en realidad tal daño no debe existir, no es menos cierto que el daño moral ha sido contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, el que teniendo en cuenta su dificultad probatoria ha prescrito en el artículo 1332 del Código Civil que: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”, debiendo entenderse ese análisis “equitativo” como un método supletorio de creación jurídica que de ninguna manera supone arbitrariedad y que debe ser utilizado y aplicado por el operador jurídico en el caso como el aquí expuesto, por consiguiente, teniendo en cuenta las dificultades en torno a su probanza y su índole subjetivo, su acreditación no puede estar sometida a las mismas exigencias que corresponden a los daños de carácter económico, se debe recurrir a otros métodos probatorios a los que está facultado, como el previsto en el mencionado artículo 1332 o las propias máximas de experiencia, condiciones que fueron privilegiadas por el Colegiado de la Cuarta Sala Civil, que aplicó debidamente, para la estimación patrimonial del daño moral, el principio integrado de la equidad, lo que supone evaluar en el proceso sub litis que la demandante fue sometida a una intervención quirúrgica en la cual fue infectada con la bacteria *staphylococcus aureus*, la que le produjo infecciones y úlceras en la pierna y muslo, además, se requirieron injertos de piel que han dejado considerables marcas, las cuales evidentemente le produjeron angustia, preocupación y aflicciones, por verse obligada a transitar por un procedimiento médico lato, que puso en riesgo su vida y que dejó signos físicos fácilmente visibles que alteraron su estado corporal.

Aunque en el pronunciamiento se usa el artículo 1332 del Código Civil para hacer alusión a la “prueba del daño moral”, no obstante, su empleo no fue equivocado, dado que no se utilizó para dar por cierto el perjuicio alegado, sino más bien para brindarle un valor económico (liquidación). Además, fueron todos los acontecimientos en los que se vio envuelta la paciente por la adquisición de la bacteria, así como las múltiples falencias en las que incurrió la estructura sanitaria en la prevención y posterior tratamiento de la infección, los que permitieron a los jueces fijar el *quantum* del daño moral, lo cual nos parece muy acertado, pues, la cuantificación equitativa consiste “en una estimación aproximada y de sentido común, que tenga en cuenta en la mayor medida posible todos los elementos del caso concreto” (Roppo, 2016, p. 330).

A propósito, Gallo (2019) anota que “una evaluación equitativa no significa una evaluación arbitraria; más bien, el juez debe proceder siempre con la debida apreciación (...), tratando de equilibrar mejor los intereses en juego” (p. 337). Esto ha sido expresado por la jurisprudencia italiana (Casación del 04 de mayo de 1989, N° 2074):

La liquidación equitativa de los daños, consistente en una valoración discrecional basada en presunciones y en apreciaciones de probabilidad, para no resultar arbitraria, requiere la indicación de congruentes, aunque sean sumarias, razones del proceso lógico a través del cual se ha llegado a ellas, de modo que no son censurables en el marco de la legitimidad, ni respecto de la decisión del juez de recurrir al criterio equitativo, ni del uso que en concreto

haya hecho de tal facultad discrecional, cuando, más allá de una enumeración acrítica de los factores constitutivos del derecho al resarcimiento, se ha dado una motivación adecuada del proceso concreto lógico y de evaluación de esos datos a través del cual se ha llegado, y con suficiente aproximación, a la liquidación exacta.

Entonces, en el campo de las actividades médicas-sanitarias en las que se afirme la presencia de una relación obligatoria, los daños inmateriales que se puedan verificar son resarcibles por las disposiciones de la responsabilidad contractual como lo han demostrado algunos de los fallos aquí tratados. El artículo 1322 del Código Civil tiene cabal asidero en este campo.

3.3.4. Daño moral a favor de los usuarios de productos bancarios y seguros

En los contratos que las personas naturales celebran con empresas del sector bancario y de seguros no es común que los bienes de la personalidad integren la esfera de protección de la relación obligatoria que surge del acto de autonomía privada. En ese sentido, si somos coherentes con lo que ya hemos indicado en los acápites anteriores, no sería factible el resarcimiento de dichos bienes ante el incumplimiento de las prestaciones asumidas si el grado de culpa es la de más baja intensidad (leve), dado que el perjuicio sería imprevisible. Sólo si es que hay negligencia grave o intencionalidad en la inexecución de la obligación estos últimos daños podrían ser materia de compensación, dentro de los cuales se hallarían los de naturaleza inmaterial, siempre que existe un vínculo directo con el objeto del tipo contractual.

Lo anterior para nada es poco común, dado que el nivel de sofisticación de los instrumentos utilizados por las entidades bancarias y de seguros en el desarrollo de sus servicios hacen pensar que las falencias no pueden sino obedecer a una culpa inexcusable, lo que abriría el resarcimiento de los daños morales no previsibles al momento de la conclusión del contrato pero que, repetimos, se desprendan materialmente del incumplimiento en el incurrir el deudor.

Pasemos a revisar el pronunciamiento de la Casación N° 464-2018-La Libertad. Aquí, para resumir los hechos, una mujer demanda resarcimiento de daños morales por la suma de S/ 300,000.00 a una entidad bancaria porque esta, indebida e injustificadamente, remitió sus datos para que sean expuestos en la central de riesgos por el aparente incumplimiento de un cúmulo de obligaciones dinerarias en la que se encontraba como garante y como parte. Lo resaltante de la demanda fueron, a nuestro modo de ver, dos circunstancias muy particulares: i) que la pretensión fue enmarcada dentro de la responsabilidad extracontractual; y, ii) que los daños inmateriales alegados fueron: menoscabo a la imagen, menoscabo al honor y menoscabo a la salud de la actora y de su hija. Transcribiremos, para una mayor precisión, el apartado que sintetiza el petitorio de la demandante respecto a dichos perjuicios:

En cuanto al daño a la persona y daño moral, señala que se ha afectado su derecho a la imagen, a su calidad de cliente por mucho tiempo; así como su derecho al trabajo, ya que solicitó ser consultora de Unique y no fue aceptada a razón de estar reportada en la central de riesgos.

Señala que todos esos problemas le han ocasionado un gran desgaste y que sufra de hipertensión, siendo que ha tenido que llevar varias terapias y gastos médicos.

Indica que su menor hija también ha sufrido daño, ya que al no haber podido obtener el departamento, corría el riesgo de no poder estudiar en la Universidad, dado que no podía mantenerse en la ciudad de Lima, lo cual la ha deprimido y ha tenido que pagar tratamientos y gastos médicos, siendo que incluso por el stress le apareció un tumor benigno.

Señala que su hija necesita cuidados que no le puede brindar al no contar con un lugar donde vivir con ella. Agrega que le afecta el hecho de tener que alquilar un cuarto adicional cuando quiere visitarla, dado que nadie quiere alquilarle un departamento al estar reportada.

En el fallo de primera instancia se declaró fundada en parte la demanda, concediéndose la suma de S/ 20,000.00 por daño moral. Aquí el principal argumento para el amparo parcial de la pretensión fue el siguiente:

La demandada con fecha 31 de enero de 2008, celebro un contrato de arrendamiento financiero con la empresa The Graphic Desing S.R.Lda, esto de acuerdo a la escritura pública, instrumento en el cual obra el cronograma de pagos; siendo que de acuerdo al detalle de cuenta corriente, estaban pagadas en febrero de 2011, por lo que la demandada expidió el documento denominado “Constancia de no adeudo” el 19 de noviembre de 2012, en la que señala que la empresa no tiene deuda.

Sin embargo, la demandante fue reportada a la Central de Riesgos, esto de acuerdo al documento de fecha 30 de noviembre de 2012, denominado “Consulta de deudores del sistema financiero - SBS”, documento en el que se aprecia que tiene como calificación “Pérdida” (...).

Sobre el daño moral, este se encuentra acreditado con los certificados médicos de fechas 13 de abril y 06 de junio de 2013, certificados en los que se indica que la demandante presenta cuadro clínico de depresión mayor con ansiedad crónica; así como de las recetas médicas de mayo, junio y julio de 2013; del comprobante de pago de la compra de las medicinas y del informe médico de fecha 20 de enero de 2014 en la que se señala que la demandante “se halla bajo tratamiento psiquiátrico, por padecer de cuadro clínico de DEPRESIÓN MAYOR MODERADA”.

Esta sentencia fue impugnada por la parte demandada, aduciendo que el proceso debía ser resuelto con las normas de la inejecución de obligaciones, que la demandada sí incurrió en retraso y por eso estaba justificado su inclusión en la central de riesgos, y que no se puede resarcir un daño remoto como el estado de depresión en el que se vio envuelta su contraparte. Asimismo, la demandante también apeló el fallo solicitando que la suma resarcitoria sea elevada, dado que la impuesta ha sido irrisoria. Al respecto, la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad confirma en parte el pronunciamiento del juzgado y procede a aumentar el monto de la reparación:

En primer lugar, es menester referirnos a lo alegado por el Scotiabank Perú S.A.A. cuando señala que no ha formado parte de ninguna relación extracontractual con la actora, siendo que los hechos materia del presente proceso se encuentran sustentados en un vínculo contractual existente entre las partes, derivado de la celebración de un contrato de garantía mobiliaria y un contrato de hipoteca.

Al respecto, es necesario precisar que la responsabilidad civil extracontractual no solo se configura cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, también cuando existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación contenida en ella, sino simplemente del deber jurídico genérico: *alterum non laedere* (deber jurídico general de no causar daño a otro), que se desarrolla en la medida que exista un menoscabo o detrimento en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, es decir, la responsabilidad contractual opera únicamente en el caso en que el daño ocasionado derive del incumplimiento obligacional al que se ha comprometido mediante el contrato celebrado entre las partes, mientras que la responsabilidad extracontractual opera en todos los demás supuestos.

Bajo esta premisa, y teniendo en cuenta que la pretensión de la actora consiste en una reparación civil a fin de resarcir el daño causado como consecuencia de su reporte ante la central de riesgo por una deuda con el Scotiabank Perú S.A.A. que ya había sido cancelada, conforme se acredita con la Constancia de no Adeudo, se puede concluir válidamente que si

bien dicho daño se deriva de la relación obligacional contenida en el contrato de *leasing*, no se encuentra directamente vinculado a este, por cuanto no implica el incumplimiento de ningún acuerdo ni obligación contenido en él, por ende, se encuentra inmerso en el supuesto de responsabilidad extracontractual, por lo que lo alegado por el demandado no tiene asidero legal. (...).

Sobre el particular, se tiene que la demandante en su escrito postulatorio refiere que con el reporte a la central de riesgos se le ha ocasionado, entre otros, un perjuicio moral, toda vez que se ha afectado su derecho a la imagen como cliente. Asimismo, alega que producto del estrés al que se ha encontrado sometida por dicho reporte se le ha ocasionado un cuadro de depresión e hipertensión (...).

Si bien, la entidad demandada arguye que no se ha acreditado la relación de causalidad entre la afectación sufrida y el supuesto evento dañoso, este argumento debe ser desestimado, debido que el cuadro de angustia y desesperación de la demandante están relacionados a que se encuentra “sobre preocupada por status económico familiar”. Así, es evidente que nos encontramos frente a un supuesto de daño moral incidente en la reputación económica de la demandante (honra, visto desde la perspectiva interna), debido que el actuar negligente y deliberado del banco (por reportarla como deudora aun cuando ya había cancelado la totalidad de su deuda) produjo un descrédito en la capacidad crediticia de la demandante, al permanecer como “deudor moroso”, por lo que se le colocó ante los ojos de los demás (en especial de las entidades financieras) como una persona que no honra sus deudas, por ende irresponsable y no digna de confianza (especialmente a efectos del otorgamiento de un crédito). (...).

Dejaremos algunas anotaciones sobre esta parte de la decisión. En primer lugar debemos advertir el error en el que, a nuestro modo de ver, cae el colegiado superior: sí es cierto que puede acontecer un escenario de responsabilidad extracontractual entre las partes que se encuentren vinculadas por una relación jurídica obligatoria previamente constituida, sin embargo, para que ello sea así es imperante que el daño no se produzca por una falla en la realización de la prestación a la cual está supeditada la conducta del deudor (aspecto que asume la Sala Superior), situación que en el caso puesto a su conocimiento no se ha suscitado, pues justamente el posible menoscabo a los derechos de la personalidad de la demandante se debe a un error de la demandada en la ejecución de uno de sus deberes: indicar que la prestación dineraria ha sido plenamente pagada para que así se elimine cualquier probabilidad de que ocurra un reporte incorrecto del deudor a la central de riesgos. Si se toma en cuenta lo que acabamos de anotar, será sencillo reconocer la equivocación de la sentencia del juzgado y la sentencia de vista, dado que en uno y otro caso se asumió correcta la tesis de la responsabilidad aquiliana.

En segundo lugar, la conclusión de que los daños (sobre todo el referente al cuadro de depresión y estrés) no guardaban relación con el objeto del contrato a través del cual se vinculaba la demandante con la empresa demandada, para nada debía favorecer el apego a las reglas de la responsabilidad extracontractual, sino, por el contrario, proceder, conforme al estatuto de la inejecución de obligaciones que era el adecuado para este caso, a rechazar el resarcimiento en lo concerniente a dicho aspecto, pues, como se recordará, según el artículo 1321 del Código Civil, los daños previsibles (culpa leve) e imprevisibles (culpa inexcusable y dolo) necesitan para su compensación de la observancia del requisito de la “inmediatez y dirección” entre el incumplimiento y los daños propiciados.

Dejando de lado lo anterior, un aspecto muy interesante, a pesar del uso indebido del articulado de la responsabilidad extracontractual, fueron los fundamentos de los que se valió la Sala Superior para incrementar el resarcimiento hasta diez veces más de la suma que había impuesto el juez de primera instancia:

[E]l *A quo* ha estimado la suma de veinte mil soles (S/ 20,000.00) por concepto de daño moral; no obstante, este Colegiado estima que dicha suma es ínfima en atención al daño generado a la demandante, debiendo adicionar a ello que los efectos del evento dañoso aún continúan desplegándose, lo que viene trastocando el natural desenvolvimiento de la demandante, pues ha tenido que someterse a tratamientos psiquiátricos; todo esto, debido a la renuencia de Scotiabank S.A.A. de reportar a la central de riesgo que doña Rosario del Pilar Sedamanos Jordán no mantiene deuda alguna con el banco en la actualidad; así como el hecho que el banco continúe en la posición de señalar que la demandante fue correctamente reportada, pese a haber emitido una constancia de no adeudo (cuya fecha es anterior al reporte de la demandante como deudora morosa), habiendo la demandante tenido que recurrir a otro proceso de cumplimiento de contrato para que el órgano jurisdiccional le reconozca que a la fecha no mantiene deuda alguna con el banco.

En ese sentido, dicho actuar negligente y permanente en el tiempo de la entidad demandada, debe contextualizarse en el entorno social de la demandante, de no hacerlo generaría un sesgo para entender los efectos de la experiencia dañosa y como consecuencia impediría visualizar la complejidad de los efectos a nivel de relaciones interpersonales, familiares y/o sociales. Resulta entonces que el daño personal y moral no ha quedado limitado a la esfera privada de la demandante, sino que sus efectos se han extendido a todas las personas con las que interrelaciona. Dicho de otro modo, el padecimiento del daño no solo lo ha sufrido la demandante sino también su entorno, como son sus hijos, al percibir la aflicción y el padecimiento de su madre; alcanzando, inclusive, efectos en las relaciones laborales, al verse limitada de emprender nuevos proyectos laborales por encontrarse hasta la actualidad reportada como “pérdida” ante la central de riesgos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, si bien la función principal de la responsabilidad es resarcitoria, también en ciertos casos puede ser sancionatoria y disuasoria, pues no solo busca el resarcimiento o reparación del daño, sino que además busca sancionar al autor de la conducta por la realización del ilícito y desincentivar su comisión. Por lo que, estando a lo señalado en el considerando precedente, en el caso de autos, este Colegiado considera que la cuantificación de la indemnización no solo debe adoptar un criterio resarcitorio, sino también sancionatorio, en la medida que la entidad demandada ha seguido renuente a señalar ante la central de riesgo que la demandante ya no mantiene deuda alguna con su entidad. En ese sentido, esta Sala Revisora tiene a bien estimar el quantum indemnizatorio por conceptos de daño moral y daño a la persona en la suma de S/ 200,000.00.

Para comenzar, con el primer párrafo del extracto de la sentencia se confirma la idea que veníamos expresando: el daño alegado por la demandante se vincula directamente con el incumplimiento de una obligación asumida por la demandada, tanto así que aquella tuvo que recurrir a remedios contractuales para salvaguardar su posición jurídica.

Por otro lado, es de rescatar el uso de la función sancionadora o punitiva que podría cumplir la responsabilidad civil, tanto en el ámbito de la inexecución de obligaciones como en la aquiliana, cuando de resarcir el daño moral se trata. Si bien no compartimos en su totalidad los elementos utilizados para explicar su empleo (sobre todo el relativo a las relaciones interpersonales y familiares), siempre será admisible la constatación del nivel de reprochabilidad de la conducta que ejerce el agente que da pie al perjuicio. Como precisa Moscatti (2016), “[e]n definitiva, para lograr actuar como alternativa a la reparación de daños, la pena privada debe resolverse en una sanción a cargo del responsable superior al importe del daño y proporcional a la gravedad del comportamiento culpable” (p. 552).

Ahora, si este caso hubiese recorrido las directrices de la responsabilidad por inexecución de obligaciones, una vez descartada la culpa leve del banco demandado, los daños imprevisibles iban a ser materia de resarcimiento, incluido en este grupo el de naturaleza inmaterial, pero sólo el concerniente a la buena reputación económica, al ser este uno de los derechos que guarda relación con el tipo de operaciones que se crean cuando se contrata con entidades

financieras¹⁰⁵. Por eso es que, a pesar de compartir el criterio de la función sancionadora, no validamos que el *quantum* del daño se haya extendido hasta la suma de S/ 200,000.00 bajo la presencia del perjuicio expresado en la depresión de la accionante, ya que nos parece que este es demasiado lejano respecto del incorrecto proceder de la demandada.

El motivo por el hemos profundizado en el recuento de la sentencia de vista radica en el hecho de que la sentencia casatoria a cargo de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema sólo se supeditó a cuestionar y negar la función sancionadora propuesta por la Sala Superior:

Noveno.- Cuando la Sala de mérito, considera que la cuantificación de la indemnización no sólo debe involucrar un criterio resarcitorio sino también sancionatorio disponiendo que la entidad financiera emplazada debe cancelar a la actora la suma ascendente a S/. 200,000.00 soles, al haber sido esta renuente a señalar ante la Central de Riesgo que la demandante ya no mantiene deuda alguna con ella, no es menos cierto que dicho razonamiento contraviene los supuestos contenidos en el principio de congruencia y regulados por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, toda vez que atendiendo la pretensión invocada en la demanda donde se solicitó el pago de una indemnización por daño moral a la persona, y a lo regulado por nuestro sistema judicial, debió ordenarse el resarcimiento por el daño que se considere la Sala Superior se hubiere causado, más no debió sustentar su fallo bajo los alcances o consideraciones de una indemnización con carácter sancionador en principio porque el mismo por tener carácter punitivo está prohibido en nuestra legislación y en segundo lugar porque dicha consideración tampoco ha sido invocada por la demandante.

Aunque, como ya lo hemos repetido en varias oportunidades, consideramos que el error principal de los pronunciamientos fue el haber aceptado que se trataba de una hipótesis de responsabilidad extracontractual cuando ello no era así, no logramos apreciar la incongruencia que denuncian los jueces supremos, pues la demandante petitionó una reparación por daño moral y fue justo eso lo que le concedieron los magistrados superiores. Además, la doctrina viene constantemente aduciendo que es imposible negar el carácter sancionador al resarcimiento del daño moral (Gazzoni, 1998, pp. 693-694), por lo que tampoco compartimos este extremo del fallo casatorio.

Un caso similar se ubica en la Casación N° 131-2018-Lima. Aquí se presentó el cierre de una cuenta corriente, la cancelación de tarjetas de crédito y el reporte incorrecto a la central de riesgos de una usuaria del sistema financiero por, presuntamente, haber girado cheques sin fondo. La demandante pidió el resarcimiento del daño moral porque se demostró, a través de la Resolución S.B.S. N° 2427-2014 y la Resolución S.B.S. N° 6161-2014, que en ningún momento giró cheques sin fondo y que, en realidad, su inclusión a la central de riesgo se debió a un error inexcusable de la entidad bancaria. La sentencia de primera instancia amparó la demanda, sin embargo, una vez más, por el uso del 1985 del Código Civil, todo parece indicar que se asumió que se trataba de una responsabilidad extracontractual:

La judicatura considera que el demandado al reportar a la demandante indebidamente como una clienta cuya cuenta se cerró por haber girado cheques sin fondos, hecho que además constituye delito de libramiento indebido conforme al artículo 215 del Código Penal, y no haber rectificado oportunamente esta situación, tal como se advierte de la Resolución S.B.S. N° 2427-2014 de fecha treinta de abril de dos mil catorce, confirmada por la Resolución S.B.S. N° 6161-2014 de fecha dieciséis de setiembre de dos mil catorce, situación que duró desde el seis de noviembre de dos mil doce en que se anuló la tarjeta de crédito de la demandante hasta el ocho de marzo de dos mil trece, en que se realizó la última comunicación de la rectificación por parte de la demandada, ha causado a la demandante dolor y

¹⁰⁵ No olvidemos las palabras de Trimarchi (2010): “La responsabilidad tiende a reparar el perjuicio del acreedor y, por lo tanto, no debe extenderse hasta el punto de provocar su enriquecimiento, más allá de lo que le habría resultado de la correcta ejecución del contrato. (...) [Por lo que], en general, la responsabilidad no debe llevar a cubrir al perjudicado contra riesgos considerados un componente necesario de la vida normal” (pp. 170-171).

sufrimiento, angustia y pena, no susceptible de apreciación dineraria, daño moral que debe ser indemnizado. Siendo ello así, se fijó prudencialmente el monto de la indemnización por daño moral en S/ 30,000.00 (treinta mil soles).

El demandado deberá pagar a la demandante la suma de S/30,000.00 (treinta mil soles), por concepto de daño moral; con intereses legales de conformidad con el artículo 1985 del Código Civil.

Aunque es muy común que una persona acumule sentimientos de frustración e incomodidad ante este tipo de situaciones, opinamos que el daño moral se hubiese podido explotar más si se apreciaba la merma al derecho al honor de la demandante por la imputación sin fundamento de que giraba cheques sin fondo realizado por la demandada. Y es que la falta de perspectiva en la apreciación de este tipo de daños se evitaría si es que se reconociera unánimemente el concepto amplio del perjuicio moral. Lo que queremos decir es que la *ratio decidendi* sería más contundente si se dejara de encerrar al daño moral en el malestar anímico personal.

En la sentencia de vista se resolvieron los recursos de apelación que interpusieron ambas partes, decidiendo el colegiado a favor de la conveniencia de incrementar el resarcimiento a S/ 200,000.00:

La cuantificación del daño moral debe estar en relación al fuerte grado de aflicción sufrido por la demandada que debe ser objeto de una valorización razonada de acuerdo a los principios de la sana crítica, teniendo en cuenta la naturaleza del error incurrido que afectó en forma negativa la imagen crediticia que tenía al colocarla como inelegible para el crédito, al grado y tiempo de sufrimiento y aflicción provocado, como al estado de inseguridad que vivió en ese periodo.

En este pronunciamiento, al menos, ya se hace alusión al tema de la buena reputación crediticia que se ve aminorada por la equivocación mayúscula del banco demandado.

Por su parte, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema anuló la sentencia de vista, y actuando en sede de instancia, convino en colocar un resarcimiento ascendente a S/ 150,000.00 a favor de la demandante por daño moral, esto a pesar de considerar que se procedió correctamente al momento de utilizar la cuantificación equitativa del artículo 1332 del Código Civil:

Sexto.- En efecto, en la resolución de vista se sostiene que la conducta del banco demandado de reportar a la demandante como una persona que gira cheques sin fondos, es imputarle la comisión de un delito previsto en el artículo 215 del Código Penal, con consecuencias negativas a su imagen crediticia; lo que así sucedió, pues lamentablemente por esta comunicación el Banco Citibank del Perú S.A., bloqueó la Tarjeta de Crédito Citibank Visa Gold N° 4487020100116575 con una línea de crédito de US\$ 4,800.00 (cuatro mil ochocientos dólares americanos), cuya titular era la actora y, el Banco de Crédito del Perú también realizó lo mismo bloqueándole su Tarjeta de Crédito Visa N° 4919-081 2-0007-4559. (...).

Octavo.- Evidentemente, el impacto sufrido por la actora de imputársele girar cheques sin fondos y consecuentemente sufrir la imposibilidad de usar sus tres tarjetas de crédito (la del demandado, la del Banco Citibank y del Banco de Crédito del Perú) y, realizar las operaciones que el sistema permite, con una imagen crediticia perjudicada, cualquiera que fuera el tiempo de este estado, produce en toda persona una justificada aflicción o afectación emocional. La demandante expresó que este hecho le produjo “gran dolor, un enorme sufrimiento psicológico, angustia y preocupación que lesiona su [mi] estado anímico, creando una sensación de impotencia que afecta sus [mis] sentimientos, a su [mi] tranquilidad, a la paz personal y familiar”; lo que fue entendido por el Colegiado Superior, al considerar que la conducta lesiva del banco produjo en la actora “sufrimiento, aflicción, indignación por el

incumplimiento del contrato, pues el solo hecho de ser imputada por la comisión de un delito sin ser responsable, es obvio que conmueve moralmente a cualquier persona”, además de impotencia y frustración que este Tribunal Supremo, -siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera que “no requieren pruebas para llegar a esta conclusión”, pues basta probar la conducta antijurídica y determinar el nexo causal entre aquélla y la lesión sufrida, como así se verificó por las instancias de mérito.

Noveno.- Al ser ello así, el Colegiado Superior consideró determinados parámetros como base para cuantificar el monto indemnizatorio por daño moral; éste precisó que “la cuantificación del daño moral debe estar en relación al fuerte grado de aflicción sufrido por la demandada (debe ser demandante), que debe ser objeto de una valoración razonada de acuerdo a los principios de la sana crítica”, de ahí que fijó el monto de doscientos mil y 00/100 soles a favor de la actora.

Décimo.- Estimamos que el daño moral en sí no se prueba, pero sí es necesario considerar variables o datos que conduzcan a la parte interesada, como al juez, a pretender y establecer una indemnización dineraria y/o no dineraria a manera de compensar la lesión o daño de este tipo que es invalorable y, que se fija como en este caso, en una suma dinero, en atención a la aplicación sistemática de los artículos 1332 y 1984 del Código Civil. El artículo 1332 del Código Civil se refiere a la equidad como valor a tener en cuenta para fijar un monto indemnizatorio, cuando no se pueda probar el monto exacto del perjuicio; “esta imposibilidad es inherente a la naturaleza de este daño, por lo que tan solo puede ser liquidado por el juez a través de su valoración equitativa”. Como decía Aristóteles, “la equidad es la justicia aplicada al caso concreto” y, en este sentido, el juez de manera discrecional, no arbitraria y con justicia debe establecerlo. La prudencia, a la que se refiere De Cupis, debe estar presente en esa valoración equitativa, más tratándose del daño no patrimonial “para evitar tanto valoraciones irrisorias, inadecuadas a la importancia de los intereses personales (no patrimoniales), cuanto exageraciones que puedan corresponder a fines especulativos”.

Insistimos en lo mismo, la responsabilidad no es extracontractual (por lo que era innecesario citar al artículo 1984 del Código Civil), sino por inexecución de obligaciones, tanto así que el daño concretado por el reporte a la central de riesgos tuvo lugar por la afirmación hecha por la demandada de que la demandante giraba cheques sin fondos, siendo que, de acuerdo al artículo 173 de la Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287, para el uso de cheques es imprescindible la existencia de un contrato de cuenta corriente, además, el artículo 228 de la Ley General de Sistema Financiero, Ley N° 26702, establece que “[l]as empresas cerrarán las cuentas corrientes de quienes registren el rechazo de cheques por falta de fondos”. Estos dispositivos legales nos permiten aseverar que el perjuicio se ocasiona dentro de la relación jurídica que se instaura entre una persona y una institución bancaria con ocasión del incumplimiento de uno de los deberes que pesa sobre esta la última.

Por otro lado, reiteramos que estos asuntos pueden ser clasificados como una expresión de daño al derecho al honor por la atribución de un acontecimiento falso y que disminuye la buena reputación del agraviado frente a la sociedad (Schreiber, 2013, p. 82). Así lo entiende la jurisprudencia chilena de acuerdo a los datos que expone en su trabajo De la Maza Gazmuri (2018):

El problema es que, a consecuencia del incumplimiento del banco, la persona ha terminado en un registro de deudores morosos. Y, al suceder esto, podría argumentarse, se ha lesionado un interés extrapatrimonial, algo así como alguna dimensión de la honra de la persona. En este sentido, por ejemplo, en la sentencia de 25 de enero de 2011 sobre un incumplimiento de contrato de cuenta corriente que determinó el protesto de un cheque de la cuentacorrentista y el no pago de cotizaciones previsionales y de la salud, la Corte considera que dicho incumplimiento causó “descrédito, desprestigio y deshonor” y que se afectó “gravemente el prestigio comercial, el honor y otros ítem que impliquen de por sí una

afectación de la persona humana. Algo semejante sucede en la sentencia de 31 de enero de 2012 en el que la Corte señala que el incumplimiento del banco que determinó la inclusión del demandante en un registro de deudores morosos habría “afectado su derecho a la honra”. En el mismo sentido, la sentencia de 30 de marzo de 2012 sobre terminación de cuenta corriente, considera que este hecho, sumado al envío de los antecedentes del deudor a DICOM, le causó “angustia, impotencia y descrédito” (p. 299).

Y luego agrega que “contratos como la cuenta corriente tienen como una función típica el pago de obligaciones del cuentacorrentista y esta función se encuentra cercanamente relacionada con lo que podría denominarse su ‘honra comercial’” (De la Maza Gazmuri, 2018, p. 299). Si hacemos nuestro este postulado, sería más sencillo dotar de contenido el artículo 1321 del Código Civil para este tipo de conflictos.

Pasando a un caso sobre seguros, tenemos a la Casación N° 4716-2016-Lima. Aquí los hechos: Una mujer octogenaria contrató un seguro vehicular que comprendía diversas coberturas. Un día, el vehículo asegurado sufrió una avería, razón que la motivó a comunicarse con la empresa aseguradora a fin de emplear el servicio contratado, empero, esta última se negó a brindar auxilio pues afirmaba que la póliza de seguro había sido cancelada por falta de pago, no obstante que en realidad no había mediado ninguna omisión en el pago. Luego, ante las insistentes reclamaciones efectuadas, la aseguradora comunicó que había cometido un error. A pesar de este allanamiento, la mujer acudió al aparato judicial reclamando un resarcimiento por inejecución de obligaciones, requiriendo la suma de S/ 140,000.00 por daño moral. Sobre este último aspecto, la fundamentación fáctica fue la siguiente:

[Se] recurrió a la compañía aseguradora por una necesidad de salud, pues, el vehículo asegurado era utilizado exclusivamente para transportarse ante cualquier eventualidad, dado a que es una persona de avanzada edad y encontrarse padeciendo de una serie de enfermedades; situación, que le ha causado graves problemas e inconvenientes en su salud, además de preocupación, angustia y aflicción.

En primera instancia se denegó la pretensión resarcitoria por daño moral bajo los siguientes argumentos:

[E]l hecho concreto que supuestamente habría causado una gran aflicción o sufrimiento en la persona de la demandante y de su familia, que constituiría el daño moral invocado, es el riesgo que la desatención de la aseguradora habría producido en la salud, y, por ende, en la vida de la accionante, por no haber aquella cumplido con reparar el vehículo automotor de la demandante que le servía para trasladarse a los servicios de salud, dada su avanzada edad; sin embargo, la demandante no acredita cuales han sido las situaciones específicas que le podrían haber causado un riesgo a su salud, como lo sería una dolencia u emergencia, y, en su caso, que estas hayan ocurrido en el momento en que no contaba con su vehículo por falta de reparación de parte de la aseguradora.

En sede de apelación, los magistrados superiores revocaron la sentencia y declararon fundado en parte la solicitud de resarcimiento por daño inmaterial, otorgando el monto de S/ 50,000.00:

[D]urante el acaecimiento del hecho dañoso, la accionante tenía su salud resquebrajada, conforme se advierte de los servicios prestados por EsSalud y certificado médico, lo que conlleva a concluir que, si bien el incumplimiento de la obligación contractual por parte de la emplazada no le causó el mal que adolece la accionante, lo cierto es que dicha circunstancia sí afectó el estado anímico de la misma produciéndole padecimiento.

Finalmente, la Corte Suprema revoca en parte la sentencia de vista, pues si bien ampara la pretensión de daño moral, procede a la reducción de la suma a S/ 30,000.00. Aquí la exposición de sus razones:

Sétimo.- La demandada incumplió las obligaciones derivadas del contrato de seguro de folios doce. En él expresamente se indicaba que la cobertura comprendía el servicio de auxilio mecánico. Tal auxilio le fue denegado en diciembre del 2007 por negligencia inexcusable de la demandada, la que incumplió una de las prestaciones principales por las que se adquiere el producto que oferta, siendo que el “error del sistema” que alega, como si un ente abstracto dirigiera la empresa, es, en realidad, falta de diligencia ordinaria absoluta para atender asuntos que constituyen la médula de su negocio: saber quiénes son las personas que tienen póliza de seguro. (...).

Noveno.- [E]s una máxima de experiencia que las personas de tercera edad son más emotivas y más proclives a sentirse desoladas en una situación de crisis: su propia edad y la pérdida de algunas facultades físicas las hace más propensas a la aflicción. Por ello, la avería de un automóvil no constituye solamente el desperfecto de un bien, sino la falta del auxilio requerido, la situación de incertidumbre o que se les niegue un derecho al que tienen acceso los coloca en una situación de estrés en grado superior al que podría tener otra persona. Ese sufrimiento es el indemnizable.

Lo desarrollado en esta sentencia es muy interesante. En primer término, la causa fue resuelta bajo las disposiciones de la inejecución de obligaciones, pues el perjuicio padecido por la demandante se debió al no cumplimiento de la prestación a cargo de la aseguradora, o mejor dicho, el daño alegado se habría desprendió de dicha inobservancia por parte de la deudora. En segundo lugar, se mencionó que existía culpa inexcusable, aspecto de mucha relevancia si tenemos en cuenta que esta era la única forma de intentar reparar los daños morales al ser estos imprevisibles respecto de la esfera de resguardo de un contrato de seguro vehicular. Por último, y aquí nuestras dudas sobre la sentencia, es que si bien se trataba de un daño no previsto (el malestar anímico de la demandante), ¿qué tanto es que su perjuicio se podía reconducir al campo de la “dirección e inmediatez” (artículo 1321, segundo párrafo, del Código Civil) que debe mantener con la conducta que lesionó al crédito? Y si la respuesta fuese positiva, ¿justificaba el otorgamiento de S/ 30,000.00?

Es cierto que aquí no hay un derecho de la personalidad que sostenga de mejor forma el pronunciamiento de la Corte Suprema, y que en todo caso la única salida, adecuada por lo demás a la pretensión postulada en la demanda, era el *pretium doloris*, pero igual no nos resulta sencillo aceptar la reparación con un monto como el otorgado, más aún cuando el argumento principal en la cuantificación radicó en la senectud de la accionante. Y es que no nos encontrábamos frente a un seguro que suele tomar en consideración la edad de los contratantes para la fijación de sus estipulaciones y obligaciones, sino que se trataba de un seguro para las contingencias que presentara un vehículo. Es correcto que en la demanda se especificó que el motivo de la contratación del seguro fue para facilitar el transporte de una señora de ochenta años, pero lo más probable es ello no haya sido tomado dentro del reparto de riesgos al ser estos contratos del tipo de adhesión.

Si compartimos el resarcimiento del daño moral por culpa inexcusable bajo la finalidad de sancionar a la empresa, admitiremos que el resarcimiento tendría que haber sido un tanto menor al que en sede casatoria se estableció.

3.3.5. Daño moral a favor del Estado

En la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, se consagra, en el artículo 22 literal “d”, la potestad de la Contraloría General de “[d]isponer el inicio de las acciones legales pertinentes en forma inmediata, por el Procurador Público de la Contraloría General o el Procurador del Sector o el representante legal de la entidad examinada, en los casos en que en la ejecución directa de una acción de control se encuentre daño económico o presunción de ilícito penal”. Dentro de ese cúmulo

de acciones se tiene aquella que busca el resarcimiento de los perjuicios que el funcionario o servidor público haya podido ocasionar al Estado.

En efecto, en la Novena Disposición Final de la dicha ley, que establece las definiciones básicas, se anota:

Responsabilidad Civil.- Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.

De este marco normativo no se podrá discutir que los perjuicios ocasionados al Estado pertenecen al campo de la inejecución de obligaciones, tanto así que el término de prescripción equivale los diez años (propia de una “acción personal”) y se tiene presente la graduación de culpa. Además, los daños que serían resarcibles serían los de carácter patrimonial.

Deteniéndonos en el segundo de los aspectos descritos *supra*, debemos decir que ello no es necesariamente así de radical. La circunstancia de que en la Ley N° 27785 se haya previsto sólo el “daño económico”¹⁰⁶ (daño material) no significa que los daños morales que se pudiesen propiciar al Estado quedan exentos de reparación. Nuestra afirmación se sostiene en nuestro sistema atípico de responsabilidad civil, en el sentido que no existe una lista *numerus clausus* de daños resarcibles, sino que estos serán merecedores de tutela si es que los intereses lesionados son relevantes para el ordenamiento jurídico. Y en este punto suma la construcción jurídica de la denominada “lesión al derecho a la imagen de la Administración Pública”, la cual se ha desarrollado a partir del reconocimiento del resarcimiento a las personas jurídicas (en este caso de Derecho Público) por perjuicios inmateriales¹⁰⁷.

Se ha señalado que el daño a la imagen “afecta el buen desempeño de la Administración que, por la conducta ilícita perpetrada por los dependientes infieles, pierde credibilidad y confianza de los ciudadanos administrados, ya que genera en estos la convicción de que la conducta ilícita realizada por el dependiente representa la forma en que la entidad actúa normalmente” (Caridà, 2011, p. 96). En igual sentido, Cilento (2018) manifiesta:

La lesión de la imagen de la Administración Pública integra una ruptura o un compromiso de la relación de *affectio societatis*, es decir, de la confianza que une a los ciudadanos (que se dirigen a la Administración proveedora de servicios indispensables) y la propia Administración. Más concretamente, el daño afectaría al decoro y al prestigio de la Administración, de modo que justificaría que la opinión pública tenga la idea de que los comportamientos patológicos de los dependientes se inscribe en la habitualidad del contexto (pp. 181-182).

El autor agrega que la disminución de prestigio, del buen nombre, de autoridad, de la credibilidad social de la Administración dañada genera daños extrapatrimoniales (Cilento, 2018, p. 190).

¹⁰⁶ Normalmente este es el perjuicio que se suele reclamar en juicio. Véase la Casación N° 177-2016-Lima y la Casación N° 2360-2017-Lima.

¹⁰⁷ “Se ha planteado la cuestión de si una persona jurídica, que en esencia es un ser abstracto, puede obtener reparación por daños morales. Al referirse a lo que puede significar para una agrupación dotada de personalidad un ataque al honor y a la reputación, o incluso a sus consecuencias, en un supuesto, por ejemplo, de competencia desleal, se ha impuesto una respuesta positiva” (Ferré, Simler, Lequette, y Chénéde, 2019, p. 1024).

Si bien es cierto que la “imagen” como derecho está más cercana a la “prohibición, para los terceros, de exponer, publicar, comercializar el retrato de los demás –por lo que se entiende cualquier representación de su apariencia- sin el consentimiento, aunque sea implícito, del interesado” (Torrente y Schlesinger, 2019, p. 141), en el campo de los daños al Estado se ha comprendido dicha noción para albergar los perjuicios morales¹⁰⁸ que propicia el funcionario o servidor al “prestigio” de la Administración Pública con su ilegal desenvolvimiento.

Como se observa, es aceptado que el Estado pueda obtener un resarcimiento por daño moral cuando se le causa una lesión a su “imagen”. Empero, esto no se verifica en la práctica judicial por la inadecuada costumbre de englobar en los procesos penales una única suma por “todo daño” y sin desarrollar los elementos de la responsabilidad civil. Espinoza Espinoza (2014) dice bien que:

Tanto en las denuncias penales, como en las acusaciones fiscales y en las sentencias, abogados, fiscales y jueces omiten el análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, entendiendo que la reparación civil es un mero apéndice de la identificación del tipo penal. El análisis de la responsabilidad penal es independiente y distinto del análisis de la responsabilidad civil, por ello es impertivo efectuarlo (p. 145).

Una excepción de valía la encontramos en la sentencia, resaltada en su oportunidad por León Hilario (2017), de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 30 de junio de 2016, en la que, junto con la condena por la comisión del delito de colusión desleal en agravio del Estado (Municipalidad Provincial del Callao) por la no conclusión de un corredor vial, pero que, a pesar de ello, se procedió a cobrar peajes, se impuso a un ex funcionario la obligación de pagar, por concepto de reparación civil, un total de S/ 26'000,000.00, siendo S/ 25'000,000.00 como “resarcimiento” y S/ 1'000,000.00 como “indemnización”. El primer monto estaba referido a los perjuicios materiales ocasionados al Estado, mientras que el segundo a los daños inmateriales, pues se señalaba que el tipo penal realizado por el imputado originó frente a la ciudadanía la “desacreditación de la administración estatal” (p. 25).

En la compensación que los órganos jurisdiccionales brindan al Estado por el desprestigio que le causan sus funcionarios o servidores cuando llegan a ser condenados por delitos de corrupción, es de relevancia el dolo como criterio de imputación en la responsabilidad por inejecución de obligaciones, ya que la función que cumpliría el daño moral sería auténticamente sancionadora.

El poco desarrollo o la insuficiente precisión de este tema en el campo judicial no debe disuadir la aceptación de los perjuicios inmateriales que, de acuerdo a nuestro marco normativo, se reparan a través de la tutela resarcitoria contractual cuando se disminuye la buena “imagen” de la Administración Pública.

3.4. Conclusiones del Capítulo III

3.4.1. La resarcibilidad del daño moral por la inejecución de obligaciones tiene asidero normativo a partir del artículo 1322 del Código Civil, aspecto compartido a cabalidad por la doctrina nacional. Sin embargo, para su procedencia será importante cumplir con las demás reglas que dicha forma de responsabilidad consagra, especialmente aquellas relativas a la regla de graduación de culpas, la previsibilidad del daño y el interés subyacente en la obligación concertada.

¹⁰⁸ Espinoza Espinoza (2014) considera que lo que se vulnera es el “derecho a la identidad” cuando se cometen delitos de corrupción por afectar la “proyección social del Estado” (p. 152).

3.4.2. Si en la obligación se encuentra inmerso un interés no valuable en términos económicos, el incumplimiento acarreará el resarcimiento del daño, ya sea que el deudor haya obrado con culpa leve, culpa inexcusable o dolo, dado que aquí el perjuicio es previsible. En cambio, si en la obligación no se ubica un interés no valuable en términos económicos, la única forma de admitir el resarcimiento del daño moral será si se comprueba la culpa inexcusable o el dolo del deudor, pues estos criterios permitirán abrir la compensación a los perjuicios imprevisibles, dentro de los cuales se podría encontrar al de naturaleza inmaterial, siempre que este guarde relación directa e inmediata con la lesión al derecho de crédito.

3.4.3. La jurisprudencia, aunque no de manera uniforme y con algunas imprecisiones al no emplearse el criterio de previsibilidad del daño, ha tenido ocasión de brindar resarcimiento por perjuicios morales en los casos de despido, accidentes de trabajo, negligencia médica, reporte a la central de riesgo y delitos funcionariales.



CONCLUSIONES

Luego de la investigación realizada, las conclusiones generales a las que se arribamos son las siguientes:

1. El daño es el elemento que permite emplear la responsabilidad civil, tanto aquella que se desprende de la inejecución de una obligación, como aquella que surge del quebrantamiento del deber general de no causar daño a nadie. En ese sentido, en el ordenamiento jurídico peruano, el daño moral representa todo menoscabo a un interés jurídico de relevancia que arroje consecuencias no valuables en términos económicos, dentro de los que se puede ubicar, esencialmente, el malestar anímico, el atentado contra la integridad física y psicológica (daño a la persona) y la vulneración a los derechos de la personalidad.
2. En los ordenamientos jurídicos del *civil law* europeos, como Francia, Italia y España, y sudamericanos, como Argentina, Brasil, Chile y Colombia, se admite el resarcimiento del daño moral que se deriva del incumplimiento de las obligaciones, a pesar de no contar (excepto en Argentina) con una disposición normativa que así lo consagre. Por otra parte, en los cuerpos de armonización de derecho privado se recoge el resarcimiento del daño moral por inejecución de obligaciones, mientras que en el sistema inglés y estadounidense (*common law*), existen supuestos particulares en los que cabe el resarcimiento de los daños no económicos con las reglas del incumplimiento contractual.
3. En el ordenamiento jurídico peruano, es el incumplimiento, entendido como la no ejecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación, el que puede gatillar el uso de la responsabilidad civil, siendo necesario, de acuerdo al Código Civil, la determinación de un obrar culposo (leve o inexcusable) o doloso por parte del deudor.
4. En el vigente Código Civil peruano se ha recogido la regla de previsibilidad como criterio a tener en cuenta para determinar el alcance de los daños que pueden ser resarcidos ante la inejecución de las obligaciones. Así, cuando el deudor obre con culpa leve, sólo serán compensados los daños previsibles, mientras que si el deudor obra con culpa inexcusable o dolo, serán compensados, además de los daños previsibles, también los daños imprevisibles.
5. La regla a tener en cuenta para el resarcimiento de los daños morales por la inejecución de una obligación, respetando el criterio de previsibilidad, es el siguiente: sí en la obligación se halla involucrado un interés no apreciable económicamente, el incumplimiento acarreará el resarcimiento del daño, ya sea que el deudor se haya comportado con culpa leve, culpa inexcusable o dolo, pues aquí el perjuicio es previsible. Contrariamente, si en la obligación no se ubica un interés invaluable en términos económicos, la única manera de aceptar el resarcimiento del daño moral será si se demuestra la culpa inexcusable o el dolo en el obrar del deudor, pues estos criterios permitirán abrir la compensación a los perjuicios imprevisibles, dentro de los cuales se podría ubicar al de naturaleza inmaterial, siempre que este guarde relación directa e inmediata con la obligación.

BIBLIOGRAFÍA

- Albuquerque Júnior, R. P. (2015). Notas sobre la teoría de la responsabilidad civil sin daño. En *Estudios sobre la responsabilidad civil* (C. Moreno More, Trad., págs. 59-78). Lima: Ediciones Legales.
- Alpa, G. (2016). *La responsabilidad civil. Parte general* (Vol. II). (C. Moreno More, Trad.) Lima: Ediciones Legales.
- Amato, C. (2011). Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale. En *Digesto delle Discipline Privatistiche* (págs. 302-309). Torino: UTET.
- Anzani, G. (2011). I percorsi del danno non patrimoniale. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXVII(7-8), 395-409.
- Anzani, G. (2018). Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. *Responsabilità civile e previdenza*(1), 278-296.
- Bañfi del Río, C. (2017). De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno. *Revista de Derecho*, XXX(1), 97-125.
- Barchi Velaochaga, L. (2000). Responsabilidad civil en la atención médico-quirúrgica de emergencia. *Diálogo con la Jurisprudencia*(22), 37-56.
- Barchi Velaochaga, L. (2014). La importancia de hacer cumplir los contratos: los remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito. En *Estudios de Derecho Contractual* (págs. 353-365). Lima: Ius et Veritas.
- Barros, A. M. (1997). *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: Editora LTr.
- Bejarano Sánchez, M. (2011). *Obligaciones civiles* (6ª ed.). Ciudad de México: Oxford University Press.
- Betti, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones*. (J. L. De los Mozos, Trad.) Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Borda, G. A. (1986). *Manual de Obligaciones* (8ª ed.). Buenos Aires: Perrot.
- Borghetti, J.-S. (2014). Los intereses tutelables y la dimensión de los perjuicios reparables en el Derecho francés de la responsabilidad civil extracontractual. *Themis*(66), 285-307.
- Buendía de los Santos, E. (2020a). El resarcimiento sancionador A.K.A. “Daño punitivo. Precisiones sobre un concepto foráneo. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(85), 145-186.
- Buendía de los Santos, E. (2020b). *La responsabilidad médica. Un estudio comparado para la solución de un problema actual*. Lima: Jurista Editores.
- Buendía de los Santos, E. (2020c). El réquiem al “daño al proyecto de vida”. La nueva noción del daño al proyecto de vida entendida como pérdida de la oportunidad o pérdida de la chance luego de la muerte de un viejo concepto. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(80), 165-198.
- Busnelli, F. D., y Patti, S. (1997). *Danno e responsabilità civile*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Cabanillas Sánchez, A. (2000). *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas.
- Cahali, Y. S. (2005). *Dano moral* (3ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Calderón Puertas, C. A. (2013). *Origen, desarrollo y vicisitudes del "daño a la persona" en el Derecho Civil peruano: estudio de dicha institución desde la perspectiva de Carlos Fernández Sessarego*.

- Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- Campos García, H. (2012). El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano. Reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código Civil peruano y la afirmación de la responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho. *Ius et Veritas*(45), 210-227.
- Campos García, H. (2015). Daños derivados del incumplimiento de obligaciones de fuente legal (ex lege): ¿responsabilidad contractual o extracontractual? *Gaceta Civil & Procesal Civil*(30), 157-164.
- Campos García, H. (2019). Apuntes a la responsabilidad civil derivada de despido incausado o fraudulento en el sistema peruano: la retórica de los punitive damages y la desnaturalización del lucro cesante. *Themis*(75), 203-218.
- Caridà, R. (2011). *Amministrazione pubblica e responsabilità*. Pisa: Plus.
- Cassano, G., y Posteraro, N. (2017). La responsabilità civile del medico. En *Trattato di diritto e bioetica* (págs. 671-702). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Castañeda, J. E. (1963). *El Derecho de las Obligaciones* (2ª ed., Vol. II: Efecto de las obligaciones). Lima: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Castillo Freyre, M. (2017). *Derecho de las obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Castronovo, C. (1976). Obblighi di protezione e tutela del terzo. *Jus*, 23, 123-179.
- Castronovo, C. (2006). *La nuova responsabilità civile* (3ª ed.). Milano: Giuffrè Editore.
- Chappuis, C. (2013). Le tort moral: un long fleuve peu tranquille. En *Le tort moral en question* (págs. 11-33). Zurich: Schulthess Médias Juridiques.
- Cieza Mora, J. (2013). La responsabilidad civil médica. Criterios de imputación (factores de atribución) y el dilema sobre su contractualización. *Actualidad Jurídica*(231), 71-89.
- Cilento, A. (2018). Il "nuovo" danno all'immagine della Pubblica Amministrazione tra efficienza e credibilità. *Diritto e processo amministrativo*, XII(1), 171-204.
- Coelho, F. U. (2005). *Curso de Direito Civil* (2ª ed., Vol. II). São Paulo: Saraiva.
- Cordeiro, A. M. (2010). *Tratado de Direito Civil Português II. Direito das Obrigações* (Vol. IV). Coimbra: Almedina.
- Corral Talciani, H. (2009). La regla de la previsibilidad de los daños contractuales: un ejemplo de la influencia de la doctrina de Pothier en las tradiciones de Derecho Civil continental y de Common Law. *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, 16(2), 139-159.
- Corsaro, L. (2002). Neminem laedere y derecho a la integridad. *Proceso & Justicia*(3), 146-166.
- Cortés, E. (2006). Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente. *Revista de Derecho Privado*(11), 171-179.
- Cortés, E. (2009). *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano* (3ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cortés, E. (2009). *Responsabilidad civil y daños a la persona: el daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Costa, M. J. (1999). *Direito das Obrigações* (7ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Crisanto Castañeda, A. C. (2018). La responsabilidad civil (contractual) en las relaciones laborales a la luz de la jurisprudencia casatoria en el Perú. En *VIII Congreso de Derecho*

- del Trabajo y de la Seguridad Social* (págs. 52-77). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Crisostomo, S. (2010). *Il danno morale contrattuale*. Tesi di Laurea Magistrale in Istituzioni di Diritto Privato, Sapienza - Università di Roma, Milano.
- D'Alessandro, E. (2018). Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos. *Revista de Derecho Privado*(34), 313-326.
- D'Adda, A. (2019). Riflessioni sul risarcimento del danno (im)prevedibile. *Rivista di Diritto Civile*, LXV(6), 1295-1324.
- De la Maza Gazmuri, I. (2018). El daño moral en materia contractual: la mirada de la Corte Suprema. *Revista Chilena de Derecho*, 45(2), 275-309.
- De Lorenzo, M. F. (2007). Contratos que dañan a terceros, terceros que dañan al contrato. *Responsabilidad civil y seguros*, IX(11), 13-46.
- De Trazegnies Granda, F. (2016a). *La responsabilidad extracontractual* (8ª ed., Vol. I). Lima: ARA.
- De Trazegnies Granda, F. (2016b). *La responsabilidad extracontractual* (8ª ed., Vol. II). Lima: ARA.
- Di Majo, A. (2003). *La tutela civile dei diritti* (4ª ed.). Milano: Giuffrè Editore.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (6ª ed., Vol. II: Las relaciones obligatorias). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- Díez-Picazo, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- Díez-Picazo, L., y Gullón, A. (1992). *Sistema de Derecho Civil* (6ª ed., Vol. II: El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual). Madrid: Tecnos.
- Domínguez Águila, R., y Domínguez Benavente, R. (1994). Daño moral en la responsabilidad contractual. Ausencia de una norma excluyente de reparación. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*(196), 155-160.
- Domínguez Guillén, M. C. (2017). *Curso de Derecho Civil III. Obligaciones*. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.
- Domínguez Hidalgo, C. (1998). La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 25(1), 27-55.
- Domínguez Hidalgo, C. (2006). La reparación del daño moral derivado del contrato en el derecho civil chileno: realidad y límites. En *Cuadernos de Análisis Jurídicos* (págs. 227-244). Santiago: Fundación Fernando Fueyo L.
- Efing, A. C., y Misugi, G. (2014). A judicialização do dano moral e as relações jurídicas com o sistema bancário. *Revista Judiciária do Paraná*, IX(8), 161-176.
- Eidenmüller, H., Faust, F., Grigoleit, H. C., Jansen, N., Wagner, G., & Zimmermann, R. (2009). El Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos). *Anuario de Derecho Civil*, LXII(IV), 1461-1522.
- Escobar Rozas, F. (2002). *Teoría general del Derecho Civil. 5 ensayos*. Lima: ARA.
- Escobar Rozas, F. (2014). La ofrenda de Ulpiano: El valor subjetivo de la patrimonialidad del contrato. *Themis*(66), 245-261.
- Escobar Rozas, F., y Velarde Saffer, L. M. (2010). Alegato en contra de la unificación de los regímenes de responsabilidad civil. *Advocatus*(23), 133-146.

- Espiau Espiau, S. (2002). La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Vol. II: Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, págs. 1789-1798). Cizur Menor: Thomson Civitas.
- Espinoza Espinoza, J. (2014). La reparación civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado: ¿qué derecho no patrimonial se lesiona? *Gaceta Civil & Procesal Civil*(9), 143-164.
- Espinoza Espinoza, J. (2015). La experiencia jurídica francesa en materia de daños corporales: El Rapport Dinthillac. *Actualidad Jurídica*(265), 73-80.
- Espinoza Espinoza, J. (2016). *Derecho de la responsabilidad civil* (8ª ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Espinoza Espinoza, J. (2017a). *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico.
- Espinoza Espinoza, J. (2017b). Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(52), 13-22.
- Falasca, S., y Rinaldi, M. (2013). Danni patrimoniali. En *La prova e il quantum nel risarcimento del danno* (Vol. I, págs. 4-23). Torino: UTET.
- Farias, C. C., y Rosenvald, N. (2015a). *Curso de Direito Civil: Obrigações* (9ª ed.). São Paulo: Atlas.
- Farias, C. C., y Rosenvald, N. (2015b). *Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil* (9ª ed.). São Paulo: Atlas.
- Fernández Cruz, G. (1991). Responsabilidad civil y derecho de daños. *El Jurista*(4), 78-106.
- Fernández Cruz, G. (1995). Responsabilidad civil médica. *Diálogo con la Jurisprudencia*, I(1), 55-66.
- Fernández Cruz, G. (2005). El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias. *Advocatus*(13), 143-161.
- Fernández Cruz, G. (2012). La obligación. En *De las obligaciones en general. Coloquio de iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo* (págs. 19-36). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Fernández Cruz, G. (2015). La dimensión omnicompresiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. En *Derecho Civil extrapatrimonial y responsabilidad civil* (págs. 177-196). Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández Cruz, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Fernández Cruz, G., & León Hilario, L. (2017). El caso fortuito y la fuerza mayor en el incumplimiento de obligaciones. En L. León Hilario, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (3 ed., págs. 869-887). Lima: Instituto Pacífico.
- Fernández Sessarego, C. (1996). Daño al proyecto de vida. *Revista Derecho PUCP*(50).
- Fernández Sessarego, C. (2015). Daño moral. En *Tratado de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil* (Vol. II, págs. 245-294). Lima: Instituto Pacífico.
- Fernández Sessarego, C. (s.f.). *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*. Obtenido de Diké. Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_9.PDF

- Fernández Sessarego, C., y Woolcott Oyague, O. (2018). *Derecho Médico. De las nociones fundametales y la responsabilidad médica* (Vol. II). Lima: Instituto Pacífico.
- Ferrante, A. (2015). "Acostúmbrate a pensar que la muerte para nosotros no es nada" (Epicuro) ... ¿O lo es todo? *Revista Chilena de Derecho Privado*(25), 185-192.
- Ferreira Pinto, F. A. (2020). O concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. *Revista de Direito Comercial*, 1945-2018.
- Filho, S. C. (2014). *Programa de Responsabilidade Civil* (11ª ed.). São Paulo: Atlas.
- Franzoni, M. (2018). Il danno ingiusto fra il giudice e la legge. *Questione Giustizia*(1), 90-97.
- Frenda, D. M. (2013). *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana. Soluzione empiriche e coerenza del sistema* (2ª ed.). Milano: Cedam.
- Fueyo Laneri, F. (1958). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Vol. II). Santiago: Universitaria.
- Gabriel Rivera, J. L. (2016). Daño moral: su tipología y cuantificación. Una breve radiografía del Derecho peruano y del Derecho francés. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(32), 53-66.
- Galasso, A. (2014). Il danno tanatologico. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXX(5), 257-263.
- Galgano, F. (2011). *Le obbligazione in generale* (2ª ed.). Padova: Cedam.
- Gallo, P. (2019). *L'obbligazione*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Garnica Martín, J. F. (2007). La prueba del lucro cesante. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*(21), 45-64.
- Gazzoni, F. (1998). *Manuale di Diritto Privato* (7ª ed.). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Georgijevic, G. (2011). *Droit Civil Mauricien. Les contrats, partie générale*. Sarrebruck: Éditions Universitaires.
- Giorgianni, M. (1958). *La obligación. La parte general de las obligaciones*. (E. Verdera Tuells, Trad.) Barcelona: Bosch.
- Giorgianni, M. (1975). *L'inadempimento. Corso di Diritto Civile*. Milano: Giuffrè Editore.
- Gonçalves, C. R. (2014). *Responsabilidade civil* (15ª ed.). Saraiva: São Paulo.
- Granelli, C. (2018). La reforma italiana de la disciplina sobre la responsabilidad sanitaria. *Revista Iustitia*(1). Obtenido de http://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=0ded80c2cfb06234a3eed88f7929961b&hash_t=0120c349040f32ea81df76fc81a17117
- Grasso, G. (2010). *Sul risarcimento del danno non patrimoniale, con particolare riguardo all'inadempimento contrattuale: la giurisprudenza è "unita" contro le "Sezioni Unite"?* Obtenido de https://www.unisob.na.it/ateneo/d003/rel_grasso.pdf
- Grisi, G. (2018). L'inadempimento dipendente da dolo. *Jus Civile*(3), 658-676. Obtenido de http://www.juscivile.it/contributi/2018/44_Grisi.pdf
- Guzmán Ferrer, F. (1977). *Código Civil (Antecedentes, concordancias, exposición de motivos, comentarios, doctrina y jurisprudencia)* (3ª ed., Vols. III. De los Derechos Reales - Del Derecho de las Obligaciones). Lima: Universo.
- Hinestrosa, F. (2019). Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. *Revista de Derecho Privado*(36), 5-25.
- Inzitari, B. (2001). Le obbligazioni: fonti e disciplina generale. En M. Bessone, *Istituzioni di Diritto Privato* (8ª ed., págs. 457-501). Torino: G. Giappichelli Editore.

- Jana L., A., y Tapia R., M. (2004). Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001. En *Temas de Responsabilidad Civil* (págs. 171-209). Santiago: Universidad Diego Portales.
- Jaramillo Sierra, C., & Robles Bacca, P. (2014). La reparación del daño extrapatrimonial a la persona por incumplimiento contractual: la experiencia colombiana. *Revista de Derecho Privado*(26), 499-527.
- Jiménez Vargas-Machuca, R. (2005). Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática. *Themis*(50), 273-282.
- Jordano Fraga, F. (1991). Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de una jurisprudencia reciente). *Anuario de Derecho Civil*, XLIV(I), 5-96.
- Josserand, L. (1950). *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones* (Vol. II. Vol. I). (S. Cunchillos y Manterola, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América - Bosch y Cía.
- Jourdain, P. (2011). Los derechos de la personalidad en búsqueda de un modelo: La responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*(20), 361-369.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Breves reflexiones sobre los mal llamados daños punitivos en la jurisprudencia argentina y el fallido intento de su incorporación en el Código Civil y Comercial de 2014. *Jus Civile*(12), 423-440. Obtenido de http://www.juscivile.it/contributi/2014/22_Kemelmajer.pdf
- Koteich Khatib, M. (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kötz, H., y Patti, S. (2017). *Diritto Europeo dei Contratti* (2ª ed.). Milano: Giuffrè Editore.
- Larenz, K. (1958). *Derecho de Obligaciones* (Santos Briz, Jaime ed., Vol. I). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Larroumet, C. (2004). A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente. En *Temas de responsabilidad civil. Cuadernos de análisis jurídicos* (págs. 17-32). Santiago: Universidad Diego Portales.
- Leitão, L. M. (2009). *Direito das Obrigações* (8ª ed., Vol. I: Introdução. Das constituição das obrigações). Coimbra: Almedina.
- León Barandiarán, J. (1938). *Comentarios al Código Civil peruano (Derecho de Obligaciones)*. Lima: Librería e Imprenta Gil.
- León Barandiarán, J. (1961). *Manual del Acto Jurídico*. Lima: Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- León Barandiarán, J. (1997). *Tratado de Derecho Civil Peruano. Las obligaciones* (Vol. II. Tomo III). Lima: WG Editor.
- León Hilario, L. (2004). *El sentido de la codificación. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*. Lima: Palestra Editores.
- León Hilario, L. (2016). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Lima: Academia de la Magistratura.
- León Hilario, L. (2017). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (3ª ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Linares Avilez, D. (2017). "¿El dinero cura todas las heridas? Me parece que no". Reflexiones sobre el daño moral. *Themis*(71), 257-271.
- Llamas Pombo, E. (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid: Trivium.

- Llambías, J. J., Benegas, P. R., y Sassot, R. A. (1985). *Manual de Derecho Civil. Obligaciones* (7ª ed.). Buenos Aires: Perrot.
- Marín García, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Marinoni, L. G. (2008). *Tutela específica de los derechos*. (A. Zela Villegas, Trad.) Lima: Palestra.
- Martín Casals, M. (2005). Una primera aproximación a los "Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil". *InDret*(2), 1-25. Obtenido de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/284_es.pdf
- Martínez Girón, J. (2015). Los contratos de trabajo de duración determinada en el modelo anglosajón. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*(19), 339-350.
- Mazeaud, H. y., y Tunc, A. (1961). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (Vols. I, Tomo I). (N. Alcalá-Zamora y Castillo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mazzamuto, S. (2012). Il danno non patrimoniale contrattuale. *Europa e Diritto Privato*(2), 437-474.
- Mazzamuto, S., y Plaia, A. (2012). *I rimedi nel Diritto Privato Europeo*. Torino: Giappichelli Editore.
- Moisá, B. (2008). Los llamados "daños punitivos" en la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina. *Revista Jurídica del Perú*(93), 435-445.
- Moisset de Espanés, L. (1985). Balances de las reformas introducidas al Código Civil por la Ley N° 17.711 a los diez años de su vigencia. *Revista Notarial de Córdoba*(49). Obtenido de <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/09/RNCba-49-1985-02-Doctrina.pdf>
- Monateri, P., Gianti, D., y Cenelli, L. (2013). *Danno e risarcimento*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Morales Godo, J. (2009). *Instituciones del Derecho Civil*. Lima: Palestra.
- Morales Hervias, R. (2006). *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Grijley.
- Morales Hervias, R. (2007). Responsabilidad civil de las estructuras sanitarias y del Ministerio de Salud por transfusión de sangre infectada. *Diálogo con la Jurisprudencia*(109), 21-27.
- Morales Hervias, R. (2011). Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el Tercer Pleno Casatorio. *Diálogo con la Jurisprudencia*(153), 47-56.
- Morales Hervias, R. (2013). Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil. *Derecho PUCP*(71), 53-75.
- Morales Hervias, R. (2019). *Patologías y remedios del contrato* (2ª ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Morales Moreno, A. M. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Madrid: Civitas.
- Morales Moreno, A. M. (2011). Indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato. En *Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas* (págs. 263-293). Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. Facultad de Derecho.
- Moreno More, C. E. (2019). Fundamento y límite de la responsabilidad por incumplimiento. Lineamientos dogmáticos a 35 años de vigencia del Código Civil peruano. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(78), 159-169.
- Moscatti, E. (2007). Los remedios contractuales a favor de terceros. *Ius et Veritas*(34), 51-73.

- Moscato, E. (2016). Note minime su pena e colpa nel diritto privato. *Giustizia civile*(3), 547-570.
- Muccioli, N. (2012). La responsabilità del sanitario e l'onore probatorio. Brevi osservazioni in tema di diligenza e nesso causale. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXVIII(1), 89-101.
- Navarretta, E. (2010). Il danno non patrimoniale contrattuale. Profili sistematici di una nuova disciplina. *I Contratti*(7), 728-735.
- Nicolò, R. (2005). Las situaciones jurídicas subjetivas. *Advocatus*(12), 103-116.
- Nieto Alonso, A. (2006). Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente). *Anuario de Derecho Civil*, LIX(III), 1115-1198.
- Nivarra, L. (2016). Le frontiere mobili della responsabilità contrattuale. *Giustizia Civile*(1), 5-15.
- Nivarra, L., Ricciuto, V., y Scognamiglio, C. (2015). *Diritto Privato* (3ª ed.). Torino: G. Giappichelli Editore.
- Olazabal F., L. (1961). *Derecho Civil. Nociones generales del Derecho: Personas - Acto Jurídico*. Cuzco: Garcilaso.
- Osterling Parodi, F. (2007). *Las obligaciones* (8ª ed.). Lima: Grijley.
- Osterling Parodi, F. (2015). Indemnización por daño moral. En *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil* (Vol. I, págs. 195-213). Lima: Instituto Pacífico.
- Palacios Martínez, E. (2004). El incumplimiento de las obligaciones. En E. Palacios Martínez, & Y. Núñez Sáenz, *Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento* (págs. 135-249). Lima: Jurista Editores.
- Palmer, V. V. (2016). Danos morais: o despertar francês no século XIX. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 9(3), 225-241.
- Patti, F. P. (2015). *La determinazione convenzionale del danno*. Napoli: Jovene Editore.
- Pazos Hayashida, J. (2020). Indemnización del daño moral. En *Código Civil comentado* (4ª ed., Vol. VI, págs. 859-865). Lima: Gaceta Jurídica.
- Pellegrini, T. (2018). *Interesse alla prestazione e prevedibilità del danno*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Pérez Velázquez, J. P. (2016). *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Picasso, S., y Saénz, L. R. (2016). Concepto de daño. En *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Vol. IV, págs. 444-445). Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Piraino, F. (2014). Corsi e ricorsi delle obbligazioni “di risultato” e delle obbligazioni “di mezzi”: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza. *I contratti*(10), 888-913.
- Ponzanelli, G. (2020). La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid. *Giustizia Civile*(5), 1-15. Obtenido de <http://giustiziacivile.com/pdfpage/2286>
- Posteraro, N. (2016a). Danni da chirurgia estetica. En *Il danno alla persona* (págs. 895-916). Milano: Giuffrè Editore.
- Posteraro, N. (2016b). Danni da responsabilità medica. En *Il danno alla persona* (págs. 837-893). Milano: Giuffrè Editore.

- Procida Mirabelli di Lauro, A., y Feola, M. (2019). Inadempimento e responsabilità. En *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa* (Vol. I, págs. 131-191). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Püschel, F. P. (2005). Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. *Revista DIREITO GV* 1, 1(1), 91-107.
- Renault, L. O., y Oliveira, A. P. (2015). A (in)efetividade do direito fundamental à reparação por danos injustos no plano do direito do trabalho. En *Tópicos contemporâneos de Direito do Trabalho: reflexões críticas* (Vol. I). São Paulo: LTr.
- Rey de Castro, A. (1972). *La responsabilidad civil extracontractual. Estudio teórico y práctico del Derecho Nacional y Comparado*. Lima: Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Ritto, G. (2014). El daño moral contractual y defensa del consumidor. En *El daño moral en la Ley de Defensa del Consumidor* (págs. 41-48). Buenos Aires: Departamento de Posgrado de la Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales.
- Roca, E. (2007). *Derecho de daños: textos y materiales* (5ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Guitián, A. M. (2007). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*(15), 239-263.
- Roppo, V. (2016). *Diritto Privato* (5ª ed.). Torino: G. Giappichelli Editore.
- Rowan, S. (2012). *Remedies for breach of contract. A comparative analysis of the protection of performance*. New York: Oxford University Press.
- Saavedra Velazco, R. E. (2015). Las relaciones contractuales de hecho y el contacto social: ¿Instituciones incomprendidas? En *Reflexiones en torno al Derecho Civil. A los treinta años del Código* (págs. 261-274). Lima: Ius et Veritas.
- Salvi, C. (2001). El daño. En *Estudios sobre la responsabilidad civil* (L. L. León, Trad., págs. 268-298). Lima: ARA.
- Santos, A. J. (2015). *Dano moral indenizável* (5ª ed.). Salvador: JusPodivm.
- Schreiber, A. (2009). *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão Dos filtros da reparação à diluição dos danos* (2ª ed.). São Paulo: Atlas.
- Schreiber, A. (2013). *Direitos da Personalidade* (2ª ed.). São Paulo: Atlas.
- Scognamiglio, R. (1962). *El daño moral: contribución a la teoría del daño extracontractual*. (F. Hinestrosa, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Serrano Ruiz, M. Á. (2016). *El daño moral por incumplimiento del contrato*. Tesis doctoral, Universidad Pablo de Olavide. Departamento de Derecho Privado, Sevilla.
- Silva, J. M., y Neto, M. M. (2015). Infecção hospitalar e a responsabilização civil nos tribunais brasileiros. *R. Dir. Sanit.*, 16(2), 84-100.
- Sirena, P. (2007). voce "Illecito (diritto civile)". En *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore* (Vol. VII). Milano: Il sole 24 ore.
- Smits, J. M. (2014). *Contract law. A comparative introduction*. Cheltenham: Edward Elgar .
- Smorto, G. (2005). *Il danno da inadempimento*. Padova: Cedam.
- Smorto, G. (2013). Responsabilità medica. En *Digesto delle Discipline Privatistiche* (págs. 640-672). Torino: UTET.
- Solé Feliu, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español. *InDret. Revista para el análisis del derecho*(1), 1-42. Obtenido de http://www.indret.com/pdf/607_es.pdf

- Sosa, G. L. (2014). Perspectiva constitucional del daño moral en las relaciones de consumo. En *El daño moral en la Ley de Defensa del Consumidor* (págs. 162-182). Buenos Aires: Departamento de Posgrado de la Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales.
- Steininger, B. C. (2018). The protection of personality rights in comparative perspective: basic questions. En *The legal protection of personality rights. Chinese and european perspectives* (págs. 13-23). Leiden-Boston: Brill/Nijhoff.
- Taboada Córdova, L. (2013). *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios de las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual* (3ª ed.). Lima: Grijley.
- Tamayo Jaramillo, J. (2013). *Tratado de Responsabilidad Civil* (2ª ed., Vol. II). Bogotá: Legis.
- Tepeš, N. (2016). *Non-material damages arising out of the breach of contract and interpretation of art. 74 CISG*. Obtenido de Arbitration Association: http://www.arbitrationassociation.org/wp-content/uploads/2017/07/671_695.pdf
- Terré, F., Simler, P., Lequette, Y., & Chénéde, F. (2019). *Droit Civil. Les obligations* (12ª ed.). París: Dalloz.
- Tomasello Hart, L. (1969). *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Torrente, A., y Schlesinger, P. (2019). *Manuale di Diritto Privato* (24ª ed.). Milano: Giuffrè Editore.
- Trimarchi, P. (1998). *Istituzioni di Diritto Privato* (12ª ed.). Milano: Giuffrè Editore.
- Trimarchi, P. (2017). *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milano: Giuffrè Editore.
- Tuccari, E. (2012). La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXVIII, 565-579.
- Tunc, A. (1948). Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza. *Nuova rivista di diritto commerciale*, 126-145.
- Varela, A. (2012). *Das obrigações em geral* (7ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Vialard, A. (2003). L'obligation de sécurité du transporteur maritime de passagers. En *L'obligation de sécurité. Actes du Colloque franco-Algérien, Université Montesquieu Bordeaux IV, Université d'Oran Es-Sénia, 22 mai 2002* (págs. 129-148). Burdeos: Presses Universitaires de Bordeaux.
- Vidal Olivares, Á. (2007). Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista. *Revista Chilena de Derecho*, 34(1), 41-59.
- Vidal Olivares, Á. (2018). *Responsabilidad civil médica*. Santiago: Der Ediciones.
- Viglianisi Ferraro, A. (2017). El daño no patrimonial en Italia, entre la previsión normativa del Código Civil y la interpretación creativa del Tribunal Supremo. *Revista de Derecho Privado*(3), 107-120.
- Viglianisi Ferraro, A. (2019). Danno tanatologico. En *Digesto delle Discipline Privatistiche* (págs. 183-198). Torino: UTET.
- Viney, G. (2007). *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*. (F. Montoya Mateus, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Visintini, G. (2002). *Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil*. (L. L. León, Trad.) Lima: ARA.
- Visintini, G. (2006). *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*. Milano: Giuffrè Editore.

- Visintini, G. (2015). *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual.* (M. Cellurale, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Visintini, G., y Pinori, A. (1999). La nozione di danno e le tecniche risarcitorie. En *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (págs. 1-40). Giuffrè Editore: Milano.
- Wicht Rossel, J. L. (1959). El derecho a la propia imagen. *Derecho PUCP*(18), 3-40.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias.* Madrid: Dykinson.

