

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO**



**VALORACIÓN DEL MONTO EN RESARCIMIENTO EN
RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y LOS PROBLEMAS
JURISPRUDENCIALES EN LA CUANTIFICACIÓN**

**Tesis para optar el grado de Magister en Derecho con mención
en Derecho Civil**

Weyden García Rojas

ASESOR

Dr. Gilberto Mendoza Del Maestro

JURADO

Dr. Rómulo Martín Morales Hervías

Dr. Gilberto Mendoza del Maestro

Dr. José Luis Gabriel Rivera

Pando, Setiembre de 2015

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a todos los que hicieron posible esta emocionante investigación, en especial a Carmen, mi esposa, Fiorella y Rodrigo, mis hijos, por la comprensión familiar, así como a Zobeida, incansable colaboradora en nuestros trabajos académicos.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se centra en analizar la siguiente interrogante: Ante los supuestos de incumplimiento de obligaciones contractuales, ¿existen reglas y criterios en el ámbito judicial para resarcir adecuadamente al afectado?

Es frecuente que en los casos de incumplimientos contractuales, donde se solicita la ejecución forzada del contrato o la resolución del mismo, se plantee un pedido de resarcimiento de daños y perjuicios. Dicho mecanismo de tutela es utilizado por los acreedores a fin de paliar los daños que se hubiesen ocasionado.

Ahora bien, son recurrentes los supuestos en los cuales el monto requerido es cuantitativamente distinto al que se otorga vía resolución judicial, o simplemente a pesar que pueda tenerse la razón, se declara infundada la demanda por la falta de acreditación de los daños.

A nuestro entender, en principio el método para resolver el incumplimiento contractual tendría que ser mucho más simple, tendría que bastar con determinar en primer lugar si existe un incumplimiento de obligaciones, luego si realmente existieron daños, para finalmente establecer de manera razonable cómo debe resarcirse el referido incumplimiento.

Ocurrido esto, una de las partes recurre a la instancia judicial, generándose un conflicto de interés, ya que por un lado la parte que ha incumplido el contrato se encuentra en una situación incierta respecto a si va a responder o no por el incumplimiento y, de ser el caso, hasta cuánto va a responder¹; en cambio por otro lado existe la necesidad de la parte afectada que el proceso judicial sea lo más eficiente posible, en el cual se le coloque a éste en semejante posición a la que hubiese tenido si la otra parte hubiese cumplido.

¹ Partimos del supuesto que el mecanismo de tutela sea sólo solicitar resarcimiento.

El presente trabajo pretende fundamentalmente dos objetivos: primero consiste en presentar a la luz de las resoluciones judiciales que se revisaran, un análisis en forma inductiva para establecer la brecha que existe entre los daños causados y solicitados ante nuestras Cortes y el monto del daño resarcido en sentencia firme; y en segundo lugar sobre la base de lo expuesto, precisar y proponer los criterios y reglas para determinar el monto de los daños que deberían otorgar como remedio contractual.

La realidad judicial es compleja, existe una sobrecarga de trabajo, teniendo como consecuencias un sistema de justicia lento, no previsible, y si lo concretamos a este tipo de procesos, podemos decir que en los casos que existen de por medio resarcimientos, en muchos de ellos estas son irrisorias. La diferencia entre lo que se solicita y lo que se otorga es inmensa.

Esto lo podemos interpretar de distintas formas: puede ser que las partes al momento que demandan, exageran el monto indemnizable con la intención que les otorguen el mayor monto posible. Otra opción puede ser que los jueces no valoren de la manera más adecuada los montos a resarcir, ya sea por la carga o por la complejidad de los casos, frente a los cuales no tienen plazo definido, o porque nuestro Código Civil no existen reglas claras sobre la materia.

Las razones que justifican el por qué de emprender esta investigación, está en la necesidad de poner en evidencia el problema principal de las sentencias judiciales; que es el de abordar temas doctrinarios antes de referirse al problema de fondo, a resarcir o no en cada proceso según la naturaleza o el tipo de daño causado.

Los remedios contractuales provienen del propio sistema jurídico; las indemnizaciones son los remedios más obvios, ¿pero cómo es que deben calcularse? ¿Qué tipos de remedios serán ordenados como complemento o bien como sustituto?²

² EPSTEIN, Richard A., Principio para una Sociedad Libre – Reconciliando la Libertad Individual con el bien común; Ed. 2003, Pag. 267. Fondo Editorial UPC.

Estas grandes preguntas planteadas por Richard Epstein es lo que trataremos de proponer, reglas que permitan a los jueces apartarse del criterio meramente subjetivo, a una realidad concreta y específica, aplicando criterios de justicia y eficiencia económica, enfocado básicamente en el Análisis Económico del Derecho (AED) para determinar y aproximarse a un resultado eficiente en términos al “Óptimo de Pareto”, donde alguien está mejor y nadie está peor que antes.

Planteado así el problema, me vi tentado en buscar una respuesta en el Derecho Comparado y me llamo la atención el AED, que apareció aproximadamente en los años sesenta, el cual propone criterios que plantean un tratamiento diferente al que se da al incumplimiento de las obligaciones contractuales en el derecho civil continental.

Sin embargo, para nuestra realidad existen razones para preferir las reglas del derecho civil, aplicando criterios de justicia y equidad, pero también aplicando criterios de eficiencia económica, vale decir un sistema mixto, dado que el AED, trata de una formulación científica sobre la cual se han manifestado no pocas reservas, pero me parece innegable que tiene mucho de aprovechable.³

En nuestra doctrina nacional existen pocos trabajos en relación al tema materia de investigación; se destacan los trabajos del profesor Alejandro Falla Jara y Luis Pizarro Aranguren⁴, así como, los estudios del profesor Alfredo Bullard Gonzales y Domingo Rivarola, ‘Viendo más allá del Expediente, los efectos de los fallos judiciales a partir del AED’ de la Revista *Advocatus*, Nueva Época, primera entrega 1988, realizado por el profesor José Juan Haro, sobre el cálculo de las indemnizaciones en el Perú, y un reciente trabajo del profesor Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza Gonzales, sobre la ‘Equidad y su función cuantificadora de los Daños de imposible probanza a propósito del Artículo 1332^o’ del Código Civil, quienes han indicado el gran problema

³AGUES, Ricardo de Angel – Tratado de Responsabilidad Civil, Edición 1993, Pag. 68 Editorial Civitas- Madrid.

⁴FALLA JARA, Alejandro, y PIZARRO ARANGUREN, Luis, “El Problema de los Diminutos Montos Indemnizatorios: Dos Casos Ejemplares y Esperanzadores, Revista *Themis* 1991, PUCP, Pág. 20.

existente y es aquello una de las razones que me motivaron en tratar el tema materia de investigación.

La Corte Suprema no se ha pronunciado sobre la forma cómo deben calcularse los resarcimientos, solamente hemos encontrado una sentencia de la Corte Suprema Expediente N° 462-89⁵ donde se establece que en el incumplimiento contractual no debe resarcirse solo el daño patrimonial ocasionado, sino también la legítima expectativa que constituye la ganancia, así como resarcir el perjuicio moral provocado a la imagen empresarial, sentencia que no es vinculante, y por lo tanto en la generalidad las decisiones sobre indemnización quedan a criterio del Juez; por lo tanto, no existen en nuestra realidad incentivos para la parte afectada en un incumplimiento contractual para acudir a la instancia judicial, a causa de las numerosas deficiencias de nuestro sistema judicial.

La Corte Suprema viene siguiendo el criterio de no calcular resarcimientos, toda vez que la casación es una institución meramente procesal y por lo tanto no existe evaluación de pruebas, quedando al margen del debate casatorio.

A lo largo del presente trabajo, analizaremos los siguientes casos: Instituto Superior Pedagógico No Estatal “Víctor Andrés Belaunde” vs Llanos (Expediente Nro. 4263-93), caso Gómez vs Centro Médico Porta S.A (Expediente Nro. 10745-0-0100-CI-48), caso Carreño vs. Tong (Expediente Nro.12600-97), caso Rafael Manco Cazorla vs Jaime Herbozo de la Cruz, caso Auto Tops S.R.L. vs Cotecna Inspection S.A., caso Carrillo e Hijos SRL vs la Asociación de Vivienda Santa Mary, caso Santiago Cano Alva vs Marco Antonio Rodríguez Carranza, caso Ludwing Essenwanger Sánchez vs Arturo Barrón Arana.

Frente a ello nos surgen algunos cuestionamientos: ¿El problema está en la carga de la prueba? ¿Existen reglas y criterios en el ámbito judicial para

⁵Idem, Pág. 96.

resarcir adecuadamente al afectado? ¿Los jueces otorgan de por sí resarcimientos diminutos? ¿Las partes sobredimensionan el daño?

La solución propuesta por la Jurisprudencia nacional al cálculo del daño es negativa, ya que no existen reglas y criterios para resarcir adecuadamente los daños producidos como consecuencia del incumplimiento de obligaciones en nuestras Cortes.

El presente trabajo tiene como objetivo verificar la existencia de la brecha entre el petitorio del resarcimiento y lo finalmente otorgado vía sentencia.

En este sentido, tanto la primera, segunda y tercera sección, tendrán un contenido dogmático. En la primera sección se abordarán los conceptos fundamentales con los que trabajaremos en las secciones siguientes. Partimos de la premisa que existen 2 tipos distintos de responsabilidad: La responsabilidad civil contractual y la extracontractual. En razón de ello los distinguiremos, a fin de sólo circunscribirnos a la responsabilidad contractual.

En la segunda sección, realizaremos el análisis de la responsabilidad civil, es decir el material y el de imputabilidad, enfocándonos en especial en el daño, los tipos de daño que pueden dar lugar al resarcimiento.

En la tercera sección, se complementará en torno a casos prácticos provenientes de resoluciones judiciales, donde indicaremos las soluciones propuestas a cada caso y cuáles fueron los argumentos jurídicos más razonables que determinaron el monto de los daños.

En la cuarta y última sección analizaremos la cuantificación de los daños y el uso del criterio de equidad en el Código Civil, su tratamiento en el Análisis Económico del Derecho, a efectos de determinar, según nuestra apreciación, criterios objetivos más eficientes para lograr la reducción de la innecesaria variabilidad de montos indemnizatorios otorgados, como consecuencia de la discrecionalidad con la que cuentan los jueces.

INDICE

PRIMERA SECCION	10
LA RESPONSABILIDAD CIVIL	10
Ideas Preliminares.....	10
1.1. Responsabilidad Civil y Responsabilidad Patrimonial.	10
1.2. Indemnización y Resarcimiento.	12
1.2.1. Nuestra Legislación	12
1.2.2. Análisis Económico del Derecho.....	15
1.3. Los Tipos de Responsabilidad Civil.....	17
1.3.1. Responsabilidad Pre Contractual.-	17
1.3.2. Responsabilidad Contractual – Existe Responsabilidad Contractual?.....	19
1.3.3. Responsabilidad Extracontractual.	26
1.4. Distinción entre Responsabilidad Contractual y Extracontractual	29
1.5. Unificación de la Responsabilidad Contractual.....	32
1.6. Nuestra Posición.....	33
SEGUNDA SECCION.....	38
2.1. Elementos de Responsabilidad Civil	38
2.2. El Daño.....	38
2.2.1. Concepto	38
2.2.2. Requisitos.....	39
2.2.3. Clasificaciones.....	40
2.2.4. Resarcimiento del Daño Patrimonial	42
2.2.5. Resarcimiento del Daño No Patrimonial.....	44
2.2.6. El daño en la jurisprudencia.....	44
2.3. La Ilícitud o Antijuridicidad.....	49
2.3.1. Concepto	49
2.3.2. Causas de Justificación	51
2.4. El Nexo de Causalidad	52
2.5. Fractura del Nexo Causal	54
2.6. Caso Fortuito o Fuerza Mayor.....	54
2.7. El Hecho de un Tercero.	56
2.8. El Hecho de la Propia Víctima.....	56
2.9. Criterios de Imputación	57
2.10. Criterios de Imputación Subjetivos.	57
2.10.1. La Culpa.....	57
2.10.2. Dolo.....	59
2.11. Criterios de Imputación Objetivos	60

TERCERA SECCIÓN	62
La Cuantificación de los Daños en Nuestra Jurisprudencia	62
3.1. Instituto Superior Pedagógico No Estatal "Víctor Andrés Belaunde" vs Llanos	62
3.2. Gómez vs Centro Médico Porta S.A (Expediente Nro. 10745-0-0100-CI-48).....	65
3.3. Carreño vs. Tong (Expediente Nro.12600-97).....	67
3.4. Caso: Rafael Manco Cazorla vs Jaime Herbozo de la Cruz	71
3.5. Caso Auto Tops S.R.L.con Cotecna Inspeccion S.A.....	73
3.6. Caso: Carrillo e Hijos SRL y la Asociación de Vivienda Santa Mary.....	76
3.7. Caso: Santiago Cano Alva con Marco Antonio Rodriguez Carranza.	78
3.8. Caso: Ludwing Essenwanger Sánchez con Arturo Barrón Arana.	79
3.9. Cuadro comparativo de los montos solicitados por las partes, sobre indemnizaciones y montos otorgados por las Cortes.....	81
CUARTA SECCIÓN.....	86
4.1. Criterios para Escoger un Método de Cuantificación en el Derecho Civil Continental.....	86
4.2. Aplicación del Análisis Económico del Derecho en los sistemas jurídicos para cuantificar la Responsabilidad Civil Contractual.....	87
4.3. Métodos de Cuantificación de Indemnizaciones.....	90
4.4. Cuantificación de los Daños en el Código Civil	92
4.4.1. El Quantum Indemnizatorio.	92
4.4.2. Valoración Equitativa del Resarcimiento.....	94
4.4.3. Pérdida de chance	96
4.4.4. Daño Moral	97
4.4.4.1. Estado de la Cuestión	99
4.4.4.2. Funcionamiento y Aplicación en nuestra legislación.	100
4.5. La Cuantificación de los Daños en el Análisis Económico del Derecho.....	102
Conclusiones	107
BIBLIOGRAFIA.....	110

PRIMERA SECCION

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La cuantificación adecuada o no del daño en materia contractual tiene como presupuesto partir de adoptar ciertas premisas conceptuales.

En razón de ello, en el presente capítulo nos aproximaremos a algunos temas de este mecanismo de tutela que nos serán útiles en nuestro último capítulo.

Ideas Preliminares.

1.1. Responsabilidad Civil y Responsabilidad Patrimonial.

La palabra responsabilidad según MAIORCA proviene del latino tardío *respondêre*⁶. El término antiguo es *respondêre* el cual es el movimiento inverso de *spondêre*, el cual denota la idea de rito, solemnidad, un dato de equilibrio o de orden.

⁶ ALPA, Guido. Nuevo tratado de la responsabilidad civil. Traducción y notas de Leysser León. (Título original: Trattato di diritto civile. Volumen IV, Responsabilità civile). Lima: Jurista editores, 2006, p.45.

Así pues dada la afectación de un sujeto, la responsabilidad civil actuará como mecanismo de restablecimiento del orden anterior o como paliativo del mismo, dependiendo de las funciones que tenga en cada ordenamiento.

Gastón Fernández define la responsabilidad civil como *el conjunto de consecuencias jurídicas al que quedan sometidos los sujetos, en cuanto hayan asumido una obligación.*⁷

En ese mismo sentido, en específico para la responsabilidad contractual, Jordano Fraga señala que la obligación tiene sentido a partir de la conexión entre el incumplimiento y la responsabilidad

“(…) sobre el propio concepto técnico-jurídico de obligación que resulta del análisis de las reglas de responsabilidad: sólo desde una explicación que conecta la responsabilidad del deudor a la infracción de una obligación subsistente, adquiere virtualidad real la idea de la obligación como vínculo jurídico: como deber inescindiblemente unido a la responsabilidad (responsabilidad = coercibilidad, juridicidad del vínculo obligatorio). Desde esta perspectiva, por tanto, el análisis de la responsabilidad contractual en los términos expuestos (y sólo en ellos) confirma la tradicional y pacífica concepción de la obligación como vínculo jurídico o relación jurídica obligatoria. (…)”⁸ (El subrayado es nuestro).

Diferente es la denominada responsabilidad patrimonial del deudor a partir de la exposición de los bienes para la satisfacción en caso se lesione o se ponga en peligro el crédito del acreedor.

En este sentido, los supuestos de responsabilidad *patrimonial*⁹ no pueden identificarse con la denominada *responsabilidad civil*, toda vez que la primera no genera ningún deber para el responsable, sino que se expone su patrimonio a iniciativa del acreedor

⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Responsabilidad civil y derecho de daños.” El jurista. Revista Peruana de Derecho. Lima: Universidad San Martín de Porres, año 1, N°4, 1991, p.85.

⁸ JORDANO FRAGA, Francisco. La responsabilidad contractual. Madrid: Civitas, 1987, p.21.

⁹ Véase el Art. 195 del Código Civil.

a una ejecución forzada¹⁰ de recuperar la titularidad del bien materia de incumplimiento, independientemente de una indemnización que podría solicitarse.

1.2. Indemnización y Resarcimiento.

1.2.1. Nuestra Legislación

En nuestra legislación encontramos instrumentos de protección y tutela que la ley prevé frente a la lesión de un deber y que no está solamente plasmado en el Código Civil, si no también en la legislación de protección al consumidor, en la legislación bancaria, de seguros, etc., para el caso materia de investigación creemos pertinente referirnos al remedio resarcitorio basado en la infracción de un deber con culpa y que ocasionaría daño, en tal situación se impone que el acreedor quede en situación de indemnidad, es decir, en la misma situación como si el daño no se hubiera producido¹¹

En este sentido, el resarcimiento como remedio, juega un papel importante para dar forma a un entendimiento básico de los compromisos contractuales, así pues, entra a tallar el famoso aforismo de Holmes, según el cual “La Única consecuencia universal de una promesa que empeña jurídicamente, es que el derecho hace que el promitente pague una indemnización si el evento prometido no se realiza”, el mismo pensamiento es recogido en la idea moderna, de que un contrato no hace más que crear en la parte que promete, la opción de cumplir o de pagar una indemnización, donde la dimensión de los daños y perjuicios ideal o esperada, está diseñada para dejar a la parte inocente tan bien cuanto hubiera estado, si la promesa original se hubiera cumplido.¹²

Entonces el remedio adecuado frente a un incumplimiento, considero que debe enmarcarse a otorgar un resarcimiento por el incumplimiento contractual, de tal forma que el efecto deseado, es que el afectado quede en una situación mejor si se hubiera cumplido el contrato.

¹⁰ LEÓN HILARIO, Leysser. “Responsabilidad extracontractual (Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano).” *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, segunda edición. Lima: Jurista editores, p. 74.

¹¹ Fernando Pantaleón Prieto, Estudios sobre Responsabilidad Contractual Biblioteca de Derecho Civil, Edición Marzo 2010, Lima, Juristas Editores EIRL, Pag. LIII.

¹² Richard A. Epstein, Principio para una Sociedad Libre – Reconciliando la Libertad Individual con el bien Común; De la Traducción Universidad de Ciencias Aplicadas UPC, Setiembre 2003, Pág. 273.

Entonces los remedios que tiene la parte perjudicada por el incumplimiento, es el resarcimiento, por los daños y perjuicios vía la cuantificación de una indemnización, para ello, es importante establecer una distinción entre resarcimiento e indemnización, para ello, citamos al profesor Leysser León que indica:

“Risarcimento es todo cuanto se debe a título de responsabilidad por daños; indennità es de valor más general, porque abarca desplazamientos patrimoniales por los más diversos títulos, como la expropiación, el despido injustificado, etc.”¹³

Asimismo, otro argumento para su distinción parte que para determinar la suma debida a título de resarcimiento, debe realizarse el juicio de responsabilidad. En cambio, para determinar la indemnización no se parte de una reacción del ordenamiento frente a un daño ilícito, sino para garantizar un co-respectivo justo a propósito de la vulneración de la esfera jurídica del afectado.

No obstante esto, en nuestro trabajo optaremos por identificar supuestos de resarcimiento aquellos derivados de los hechos ilícitos y por el incumplimiento de las obligaciones, los cuales tomen en cuenta -a partir del juicio de responsabilidad- alguna de las funciones de la responsabilidad civil como la reparación de la víctima.

En cambio, identificaremos como supuestos de indemnización aquellos que se enfocan más que en la reintegración del patrimonio en la del bien autónomamente considerado. El caso Nogueroles puede ayudarnos a entender en su aplicación mejor esta distinción.

El remate se produjo el 26 de mayo de 1995 a solicitud del Banco Continental, privándose por el mismo de la propiedad al Sr. Nogueroles. Dicho proceso judicial fue tramitado durante la vigencia y con el procedimiento regulado por la Ley de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros aprobado por el Decreto Legislativo 637 del 24 de abril de 1991.

¹³ LEÓN HILARIO, Leysser. <<Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano.>> *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Segunda edición. Lima: Jurista editores, 2007, pp.241.

La “indemnización” cuyo pago demandado se origina en los hechos cometidos en aplicación y con el procedimiento regulado por la Ley de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros aprobado por el Decreto Legislativo 637.

Los hechos cometidos en aplicación y con el procedimiento regulado por Ley de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros aprobado por el Decreto Legislativo 637 estaban sujetos a la sanción establecida por el artículo 212¹⁴.

El proceso en cuestión iniciado durante la vigencia y con el procedimiento regulado por la Ley de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros aprobado por el Decreto Legislativo 637, debía tramitarse hasta su conclusión con las reglas con que se inició y no podía ser de otro modo.

En la tercera sentencia de segunda instancia, luego de haberse anulado en diversas ocasiones la sentencia de primera instancia discutiéndose si se encontraban en un supuesto de responsabilidad civil contractual, extracontractual o especial, mediante resolución del 30 de noviembre del año 2005 señaló que en caso se resolviese en función de la responsabilidad contractual, la prueba debe ser del ejecutado, sin embargo este no la ha hecho sino más bien incumplido con el deber de pago.

En caso se resolviese vía responsabilidad extracontractual, existió una exclusión de responsabilidad por ejercicio regular de un derecho. Si bien ya es un problema si los magistrados no tienen claro bajo qué reglas van a resolver, existe un mayor problema cuando las opciones que plantean no son necesariamente las idóneas.

En el presente caso, no consideramos que sea un supuesto de resarcimiento, sino de indemnización. Esto porque frente a cualquier supuesto de no sujetarse al procedimiento debe realizarse un traslado económico del “décuplo” del valor sin previo análisis de la magnitud del daño.

Como analizaremos en líneas posteriores, todo daño debe acreditarse para su resarcimiento, en el presente caso sólo bastaría se acredite que se está en alguno de

¹⁴ *La empresa bancaria o financiera que vendiere los bienes recibidos en prenda o hipoteca sin que se de alguno de los supuestos señalados en los artículos 190 y 191, o sin sujetarse al procedimiento prescrito en este título quedará obligada a indemnizar al propietario con una suma equivalente al décuplo del valor actualizado de dichos bienes, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar contra sus representantes legales*

los supuestos del 190 y 191 de la norma y que no se haya sujetado al procedimiento para que se otorgue la indemnización.

1.2.2. Análisis Económico del Derecho.

En el AED, el tratamiento y desarrollo que se da a la responsabilidad civil esta basado fundamentalmente en la eficiencia, como la base del buen funcionamiento de toda economía, favoreciendo las transacciones y el intercambio económico¹⁵, de tal manera que ante un supuesto daño exista un remedio para el resarcimiento.

Esta metodología busca establecer de qué forma las normas jurídicas fomentan o desincentivan que las sociedades usen en forma eficiente los recursos disponibles, y las consecuencias de esas normas en la sociedad. Esta disciplina plantea que las personas responden a incentivos para obtener la mayor utilidad cuando eligen entre unos u otros bienes¹⁶, de acuerdo al valor que cada persona asigna a determinado bien.

Debe destacarse el rol que el AED juega en el área de prevención de daños en la responsabilidad civil, sobre todo en la parte legislativa, ya que es allí cuando habrá que determinar si se usará el criterio de la eficacia al dictar determinada regulación o no y se ponderarán otros criterios para lograr un efecto determinado en la sociedad sin abandonar el fin de la búsqueda de la justicia y también la del bien común¹⁷.

En este sentido, de acuerdo a Pigou la consideración económica de los fenómenos dañosos se origina en el marco de la economía del bienestar y se observa como una divergencia entre los costos sociales y privados de una actividad, que conduce a una asignación ineficiente de recursos. Esta perspectiva tradicional propone como acción para revertir las distorsiones la intervención del Estado a través de la aplicación de impuestos¹⁸, razón por la cual, existe la necesidad de compensar el daño producido, por una actividad económica.

¹⁵ POSNER, Richard. "El Análisis Económico del Derecho". Fondo de Cultura Económica. México, 1998. pp. 28

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ CORDOBERA, Lidia. Los daños colectivos y la reparación. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1993. pp. 152.

¹⁸ PIGOU, Arthur, "La economía del bienestar", Londres, 1928, pp. 123.

El primer vínculo sistemático entre el derecho privado de daños y la economía nace con Coase y su propuesta del empleo de reglas de responsabilidad para alcanzar el logro de la eficiencia asignativa¹⁹.

De acuerdo a Coase, existen dos aspectos fundamentales que constituyen el pilar sobre el que se asientan las bases de la interpretación económica del derecho de daños. Por un lado, señala que al producirse un acontecimiento dañoso el problema a enfrentar es de naturaleza recíproca y que el criterio que debe guiar las decisiones de los particulares es el de evitar el daño más grave, minimizar el daño conjunto o continuar realizando la actividad que resulte más valiosa. Por otro lado, analiza la forma en que las reglas de responsabilidad inciden en este objetivo, diferenciando una situación donde no existen costos de transacción de otra donde sí existen. Cuando las transacciones generan costos de transacción, la solución eficiente no puede producirse independientemente de la norma elegida. Por ello, Coase indica que las normas deben diseñarse de forma que puedan generar una solución eficiente cuando existen costos de transacción que no permiten realizar los intercambios de derechos necesarios que conduzcan al óptimo, o bien que deben diseñarse para reducir al mínimo los costos de transacción²⁰.

En general, estos enfoques proponen minimizar el costo provocado por los daños, como objetivo para el diseño de los sistemas de responsabilidad²¹. En este sentido, el punto de partida de las reglas de responsabilidad está vinculado al objetivo de eficiencia económica, con lo cual un sistema correcto de responsabilidad civil servirá para generar incentivos para que el accionar de los particulares, guiado exclusivamente por el propio interés de éste, conduzca a su vez a la mejor situación social posible²².

Cuando el objetivo es la eficiencia, se evalúa a la vez qué daños deben evitarse, y cómo deben prevenirse, a fin de encontrar la mejor relación entre costos y beneficios totales, para lo cual se conjugarán todos los costos y todos los beneficios, de todas las partes comprendidas en el campo en análisis, buscándose la alternativa óptima²³, bajo este análisis, a una sociedad no le interesa eliminar todos los daños, dado que se permiten algunas actividades que producen muchos daños, porque se estiman

¹⁹ COASE, Ronald, "El problema del costo social", *Journal of Law and Economics*, 1960, pp.1-44

²⁰ *Ibíd.*

²¹ CALABRESI, Guido. "El costo de los accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil", Barcelona: Ed. Ariel S.A., 1984. pp. 123

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

generadoras de beneficios superiores, como la actividad automotriz, donde se debe comparar y considerar una relación de costo beneficio.

1.3. Los Tipos de Responsabilidad Civil

1.3.1. Responsabilidad Pre Contractual.-

Sobre el primer supuesto, nos encontramos, en lo que en doctrina se denomina responsabilidad pre contractual, y para ilustrar este tipo de responsabilidad utilizaremos el caso Daimler Benz A.G.²⁴

Caso Daimler Benz A.G

Jorge León Adrianzen y otros (en adelante el Grupo Peruano), solicitaron a Daimler Benz A.G. su intención de asumir la representación exclusiva de los productos de dicha empresa, realizando la inversión correspondiente.

El 15 de marzo de 1982 la firma Daimler Benz A.G. confirma la intención de avanzar en las negociaciones de la representación general, requiriendo ciertas condiciones, que el Grupo Peruano satisfizo, incurriendo en elevadas inversiones por diversos conceptos.

No obstante ello, Daimler Benz A.G. modificó unilateralmente una de las prestaciones e incumplió otra, antes de la suscripción del contrato definitivo, otorgándole su representación a un segundo inversionista.

Ante ello, el Grupo Peruano acudió al Poder Judicial y demandó a Daimler Benz A.G. por el incumplimiento del “contrato”. Presentaron entre los medios probatorios la carta con firmas legalizadas de fecha 27 de Agosto de 1981 mediante el cual los demandantes y otros miembros del denominado Grupo Peruano solicitaron a la demandada Daimler Benz A.G. su intención de asumir la representación exclusiva de los productos de dicha empresa, indicando los compromisos de inversión en efectivo y muebles, formulando una oferta de contrato. Precisarons que la solicitud fue objeto de

²⁴ Alejandro Falla Jara y Luis Pizarro Aranguren, “El Problema de los Diminutos Montos Indemnizatorios: Dos Casos Ejemplares y Esperanzadores, Revista Themis 1991, PUCP, pp. 96.

continuas prórrogas e intercambios de correspondencia telegráfica, sobre los términos del negocio y el contrato a concertar, efectuándose para ello reuniones en febrero de 1982, consecuencia de las cuales Daimler Benz A.G, mediante Télex y su traducción oficial de fecha 15 de marzo de 1982, confirmaba las conversaciones sostenidas en Lima el mes anterior referente a la organización de la representación general y su voluntad de que el Grupo Peruano asuma la representación cuando se cumplieran los supuestos obligatorios establecidos para las partes, tres de los cuales, eran de cumplimiento obligatorio de cargo de los actores y su grupo y las otras dos condiciones restantes, de cumplimiento obligatorio, a cargo de la ofertada.

No obstante ello, mediante Télex de fecha 09 de Junio de 1982, refiriéndose a una carta del 17 de mayo del 1982, Daimler Benz A.G. expresa que se nombraría como representante ante todas las entidades estatales a Diaben del Perú, sin restringir la representación ni constreñirla exclusivamente a las encargadas de la seguridad del país como el Ejército y el Ministerio de Interior. Finalmente, mediante Télex de fecha 27 de Agosto de 1982, Daimler Benz A.G. positivamente excluye la representación a cargo del Grupo Peruano a las entidades semi estatales y del sector público ajenas a la seguridad del país.

Teniendo en cuenta ello, lo que reclamó el Grupo Peruano fue que tuvieron que incurrir en excesivas inversiones y gastos para el negocio, sin que la demandada atendiera sus obligaciones, decidiendo modificar los alcances de la representación acordada, privándola de su carácter, para dar intervención a un tercero sobre bases diferentes a las convenidas, negándose a suscribir el contrato, frustrándose las inversiones efectuadas y las expectativas de ganancia del negocio. Por tales conceptos, el Grupo Peruano demandó una indemnización por daño emergente, económico y moral y por el lucro cesante dejado de percibir.

Al respecto, la Corte Suprema de la República consideró que si bien las obligaciones contraídas apuntaban a un contrato futuro pendiente de firma, no por ello quedaban excluidas de la órbita contractual, al tratarse de un contrato preparatorio o contrato para contratar, el mismo que implicaba poner fin a negociaciones sobre las estipulaciones ya acordadas, sin perjuicio de poder negociar a futuro sobre otros puntos complementarios o de detalle. En tal sentido, estos acuerdos previos no pueden enmarcarse dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, pues derivan de un vínculo asumido libre y voluntariamente para regular negociaciones jurídicas patrimoniales. En tal sentido, fijaron la indemnización correspondiente en \$ 2

184 651,00 (Dos millones ciento ochenta y cuatro mil seiscientos cincuenta y uno y 0/00 Dólares Americanos).

Del presente caso, podemos concluir que Jorge León Adrianzen y los demás integrantes del grupo peruano y Daimler Benz A.G. se encontraban en la fase de tratativas, por lo que no se han generado propiamente deberes en sentido técnico, sino una afectación a la buena fe objetiva de una de las partes, que ya habían contraído obligaciones recíprocas de perceptiva observancia conducentes al contrato definitivo y este daño ya deriva de un incumplimiento de compromisos.

1.3.2. Responsabilidad Contractual – ¿Existe Responsabilidad Contractual?

Para el autor Philippe le Tournean la responsabilidad contractual es un mito; este autor la denomina como “falla contractual”, indicando que “la expresión tradicional de responsabilidad contractual es falsa ya que obedece a modalidades particulares diferentes a los que son de uso normal en la responsabilidad extracontractual o cuasi extracontractual”²⁵. Indica además que es una falla contractual puesto que se trata de “modalidades particulares, diferentes de la responsabilidad contractual, y están destinados a persistir el respeto en el tiempo de la voluntad inicial de las partes y a mantener el equilibrio de las prestaciones recíprocas”,²⁶ y cuando no se respeta el acuerdo de voluntades establecido o acordado entre las partes y una de ellas incumple el contrato y rompe el equilibrio del mismo, se produce la falla en el contrato, porque en el derecho inglés “los remedios” propuestos para el caso del incumplimiento del contrato no interfieren en nada con la responsabilidad, no requieren la existencia de una culpa, sino únicamente la constatación de una diferencia entre lo que había sido prometido y lo que fue realizado²⁷, entonces bajo este criterio bastaría solamente cuantificar el daño, en función a una diferencia entre lo prometido y lo cumplido.

Este régimen de incumplimiento contractual existe en presencia de un contrato no cumplido, mal cumplido o cumplido con demora (sin que alguna causa ajena justifique el incumplimiento) y la ley confiere al acreedor un “remedio”, según una expresión empleada por los juristas del Common Law, que consiste prioritariamente en la

²⁵ LE TOURNEAN, Philippe, De la Falsedad del Concepto de Responsabilidad Contractual, En estudio de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa, Primera Edición. Colombia 2014. pp. 675.

²⁶ Idem, Página 675.

²⁷ Idem, Pagina 676.

ejecución en especie (reemplazo o reparación de una cosa defectuosa), pero cuando esta solución ya no es posible o deja de representar algún interés para el acreedor, este hecho da origen a una acción de daños y perjuicios que le permite al acreedor obtener el equivalente monetario de la ejecución y a éste régimen se le denomina por lo general de la responsabilidad contractual²⁸.

En un contrato debe respetarse la voluntad de las partes y cuando se genere incumplimiento unilateral, se produce el quiebre del contrato, lo que Steven M. Shavell llama “inmoral”, cuando las partes hayan previsto una obligación por la cual se vean forzadas a cumplir la prestación pactada en caso de presentarse el evento que dio lugar al incumplimiento. Es decir, será inmoral, siempre que la parte incumplidora haya incurrido en incumplimiento a pesar que se haya pactado contrario sensu, una suerte de prohibición de incumplir”.²⁹

Existe en la sociedad un juicio moral negativo, cuando una de las partes incumple el contrato, y es evidente y usual que los contratos se incumplan y quien lo hace, está obligado al pago del daño por el incumplimiento, con las variantes que puede haber de inexigibilidad en caso de producirse el incumplimiento por circunstancias de eventos de terceros; sobre lo dicho, Holmes escribió “El deber de cumplir un contrato (...) importa la predicción que uno deberá pagar un resarcimiento sino es cumplido, y nada mas (...), sin embargo, tal modo de observar la materia repugnara a quienes piensan que resulta beneficioso mantener tanta ética en el derecho como sea posible.³⁰

De producirse el incumplimiento por las razones que se den, no se va a respetar la voluntad de las partes de mantener el equilibrio del contrato, si se rompe ese equilibrio al ser modalidades y acuerdos que se deben cumplir en el tiempo, se trata entonces de una falla contractual, en términos de Philippe le Tournean.

Autores como Sheraldine Pinto Oliveros, profesora de la Universidad Metropolitana de Venezuela, consideran que se debería buscar una armonización del derecho privado en América Latina, proceso en el cual puedan efectuarse algunas consideraciones que contribuyan a enmarcar, valorar y desarrollar la propuesta normativa en materia de responsabilidad. En este proceso, se enfrentan dos aspectos de primaria importancia

²⁸ Idém, Página 675,

²⁹ STEVEN M SHAVELL, Es inmoral el incumplimiento contractual, en Estudios de Derecho Contractual, Editorial Ius Et Veritas, Primera Edición, Lima 2014, pp. 367

³⁰ Idem. Página 369

en este tema. De un lado, la controversia relativa a la unificación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual; y, del otro lado, las condiciones de procedencia de la responsabilidad contractual³¹. Al respecto, la autora se manifiesta en contra de las posiciones orientadas a desconocer la utilidad y autonomía de la responsabilidad contractual, especialmente aquella que pretende asimilar los daños y perjuicios contractuales a la ejecución por equivalente, pues indica que “aceptar la asimilación entre daños y perjuicios contractuales y ejecución por equivalente supone no sólo desconocer la prioridad del cumplimiento en especie sobre la indemnización, sino también las diversas condiciones de procedencia de dichos remedios al incumplimiento, especialmente, con relación a la prueba del daño, que es necesaria para la indemnización y dispensada para la ejecución por equivalente³²”.

De la misma manera, la autora defiende la importancia de las diferencias entre la responsabilidad aquiliana y la contractual, siendo una de las principales la existencia de una relación contractual en la primera y su inexistencia en la segunda. No puede menospreciarse la necesidad del contrato, pues son precisamente las obligaciones que establecieron las partes en ejercicio de la libertad contractual y, más específicamente, el principio de la fuerza obligatoria del contrato, el fundamento de la responsabilidad contractual³³.

Asimismo, concordamos con la postura de la autora Pinto Oliveros, cuando indica que “la irreflexiva unificación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual conduce a desconocer los principios rectores del derecho contractual” y que es necesario proceder a un examen riguroso de la responsabilidad contractual y extracontractual, con un enfoque sistemático y; además, tomando conciencia de la complejidad actual, incluso en ámbito jurídico³⁴.

En nuestra doctrina nacional, Lizardo Taboada Córdova, cuando se refiere al incumplimiento contractual, indica que ante el incumplimiento de un deber jurídico específico, que él denomina relación jurídica obligatoria³⁵, donde las partes de común acuerdo se han sometido a las reglas del contrato, ante ese incumplimiento surge la

³¹ PINTO OLIVEROS, Sheraldine, “*A propósito de la Responsabilidad Contractual*”. De las Obligaciones en general, Coloquio de Iusprivatistas de Roma y América, Cuarta Reunión de Trabajo. Fondo Editorial PUCP, Primera Edición, Perú 2012, pp. 283

³² Idem, Página 284-285

³³ Idem, página 293

³⁴ Idem.

³⁵ TABOADA CORDOVA, Lizardo, Elementos de la Responsabilidad Civil, Editorial Jurídica Grijley, Segunda Edición, Perú 2003, pp. 30

disciplina de la responsabilidad civil, cuya función fundamental está referida a indemnizar los daños ocasionados y que cuando el incumplimiento se realiza respecto de una obligación voluntaria estamos ante la denominada “responsabilidad civil contractual” o “responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones”³⁶

Cuando se produce el incumplimiento, nuestro ordenamiento jurídico establece el deber de resarcimiento por el daño causado, violación de la situación jurídica, “ante este hecho, el deudor tiene que asumir su incumplimiento por la inejecución o ejecución parcial o tardía de la prestación comprometida”, dicha especie esta normada en los artículos 1341 y siguientes de nuestro código civil³⁷

Otros autores como Romulo Morales Hervias, consideran que es preferible referirse a responsabilidad por incumplimiento de obligaciones porque el contrato no es el criterio para diferenciar ambos tipos de responsabilidad, uno puede ser responsabilidad por el incumplimiento de una promesa unilateral y no por el hecho de estar vinculado a un contrato³⁸; queda claro que si estas vinculado a un contrato, hay una vinculación bilateral y si hay incumplimiento de una de las partes, aquel es responsable por el incumplimiento del contrato, sin embargo, también por la promesa unilateral, el promitente por la sola decisión de voluntad unilateral está obligado a cumplir la prestación (artículo 1956º , 1968º del Código Civil), como es la oferta de venta y la promesa de recompensa.

Con diferentes matices en esta misma línea, Juan Espinoza Espinoza, “indica el termino responsabilidad contractual, es inadecuado, por cuanto esto no solo se presenta en los negocios jurídicos sino en otro tipo de figura, que técnicamente no son contractuales, como gestión de negocios, promesa unilateral, entre otros y es por ello, el código con buen criterio utiliza un criterio de distinción diferente, como es la relación obligatoria en el capítulo referido a inejecución de obligaciones”³⁹

³⁶ Idem, Página 30.

³⁷ LEÓN HILARIO, Leysser. “Responsabilidad extracontractual (Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano).” *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, segunda edición. Lima: Jurista editores, p.6.

³⁸ MORALES HERVIAS, Rómulo, La Responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual) Editorial Palestra Editores, Primera Edición. Perú 2005. pp. 306.

³⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Editorial Gaceta Jurídica, Segunda Edición, 2003, pp. 52.

Si bien es cierto, existe una promesa de cumplir la palabra empeñada en un contrato, también es cierto que podrían existir circunstancias que quiebran la voluntad inicial y como consecuencia de ello se produce una falla contractual de cumplir el propósito, como lo indica Philippe LE TOURNEAN, también es cierto que cualquiera que sean los motivos del incumplimiento, estamos ante un incumplimiento de obligaciones y no necesariamente por estar vinculado a un contrato.

Nuestro código civil, ha atribuido la condición de conducta antijurídica el incumplimiento del contrato de las expresamente previstas y también de aquéllas que se encuentran tácitamente incorporadas al contrato, por resultar necesarias para el cumplimiento del objeto del acuerdo y cuando una de las partes incumple el contrato, la parte perjudicada puede pedir la resolución del contrato, solicitar su cumplimiento, y además, en ambos casos, una indemnización por daños y perjuicios⁴⁰.

En consecuencia, en caso de que una de las partes incurriese en una conducta antijurídica y además causa un daño a su contraparte, la parte perjudicada tiene expedito su derecho de solicitar la indemnización respectiva.

Para ilustrar la denominada responsabilidad contractual, tenemos el caso de Auto Tops S.A. contra Cotecna Inspección (Perú) S.A., toda vez que la prestación a favor de la primera por parte de Cotecna Inspección (Perú) S.A. fue incumplida al no realizarse la inspección pactada.

Caso Auto Tops

Autos Tops Sociedad Anónima interpone demanda en vía de conocimiento contra Cotecna Inspección (Perú) S.A., a fin que mediante Sentencia Judicial se le ordene el pago de US\$ 250 000,00 Dólares Americanos, por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Cotecna Inspección S.A. es una persona jurídica que cuenta con la autorización de las autoridades peruanas para desempeñarse como empresa verificadora de operaciones de importación de depósito de mercancías, con la finalidad de determinar la base imponible sobre la cual se calcularan los tributos que grava la importación y

⁴⁰ Véase Artículo 1428 CC.

Auto Tops S.A. es una persona jurídica que se dedica a la importación de vehículos usados.

La demandante contrata los servicios de la demandada para que este realizara la inspección de los vehículos adquiridos, comunicándoles el 03 de enero la intención de que esta realice la inspección de los vehículos que adquirirían a partir del 04 de Enero, habiéndole presentado su solicitud de inspección para los vehículos ya que era voluntad de la demandante de embarcarlos el día 09 o 15 de Enero de 1996, ya que existían vapores en esas fechas donde podían ser embarcados.

Que, por responsabilidad exclusiva de la demandada, no efectuaron las inspecciones en las fecha indicadas, y habiéndose publicado el Decreto de Urgencia Nro. 004-96, de fecha 23 de Enero de 1996, que establecía la suspensión de la importación de toda clase de vehículos usados de transporte terrestre, se le otorgó el certificado de inspección, máxime que sus unidades fueron adquiridas con anterioridad, habiendo frustrado iniciar cualquier acción legal contra las autoridades peruanas en el supuesto caso de no haberlos dejado ingresar sus unidades que fueron adquiridos con anterioridad a la dación de la norma.

Medios Probatorios presentados por la demandante son: Declaración de parte que deberá prestar la empresa demandada; factura Nro. W-007 de fecha 04 de Enero de 1996, por la compra de los 25 vehículos, solicitud de Inspección Cotecna Inspección S.A., Nro. 063246 de fecha 04 de Enero de 1996, constitución de la empresa Autos Tops S.R.L., fax de fecha 26 de Enero de 1996, remitido a la demandada, fax de fecha 01 de Febrero de 1996 remitido por la demandada, conocimiento de Embarque Nro. 0457857 expedido por la Naviera CSAV de fecha 21-02-96, publicación en el Diario el Peruano del Decreto de Urgencia Nro. 004-96 del 23.01.96, fax de fecha 04 de Enero de 1996 remitido por Juan Gutiérrez a Cotecna, fax de fecha 07 de Enero de 1996, remitido por el Sr. Juan Gutiérrez a Cotecna, documento Certificado por el Sr. Walter Vargas a Auto Tops S.R.L., documento de fecha 19 de Marzo de 1996 expedido por la Agencia de Aduanas Alberto Dávila Rossi S.A..

Medios Probatorios de la emplazada son: Fax del 11 de Enero de 1996 remitido a Juan Gutiérrez a Cotecna; Oficio Nro. 164-96-ADUANAS/INFA 12.02.02, de fecha 24 de Enero de 1996 remitido Superintendencia de Aduanas a Cotecna; Oficio Nro. 225-96-ADUANAS/INFA 12.02.02; Bill or Lading de CSAV, presentado por la demandante en el que se indica como fecha de expedición el 22 de Enero de 1996; Fax de fecha 26

de Enero de 1996, remitido por Juan Gutiérrez, Informe meteorológico gráfico expedido por la National Weather Service, sobre el estado del tiempo durante el mes de Enero de 1996, Informe meteorológico expedido por el Instituto Franklin Museo de ciencia de Filadelfia sobre pronóstico del tiempo durante el mes de Enero, Traducción del informe de tráfico marítimo sobre las naves Pacific Rider y Brillian Ac.; Fotocopia de libro de Ocurrencias Diarias de Vigilancia de Cotecna, Reconocimiento que deberá practicar los Señores Luis Alva Diaz y Alan Vargas Palomino supervisores de vigilancia asentada el 25 de Enero de 1996 asentada en el libro de Ocurrencias Diarias.

Por Resolución Nro. 12 de fecha 31 de Diciembre de 1996, el Juzgado falló declarando infundada la demanda interpuesta, con costas.

La primera Sala Civil de Lima, por Resolución Nro. 16 de fecha 17 de Marzo de 1998, revocó la Sentencia de fecha 31 de Diciembre de 1996 que declara infundada la demanda, reformándola declarando fundada en parte, en consecuencia ordenaron que Cotecna Inspeccion (Perú) S.A. cumpla con pagar a Auto Top S.A. la suma de US\$40,000.00 Dólares Americanos, más intereses legales, con costas y costos.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, mediante Resolución de fecha 14 de Julio de 1999, resolvió declarar infundado el recurso de Casación interpuesto por Auto Tops condenando al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso.

En el presente caso, no analizaremos la sentencia de primera instancia dado que declara infundada la demanda indemnizatoria por parte de los demandantes; no obstante si resulta ilustrativo pronunciarnos respecto a la decisión de la Sala Superior, quien revocó la sentencia en primera instancia, y ordenó el pago de una indemnización de US\$40 000,00.

La decisión de la Sala parte del supuesto que la demandada incumplió con la prestación a que se obligó al no supervisar los 9 automóviles que encontró el 19 de enero, pese a que tuvo la posibilidad de hacerlo. A partir de esta atribución de responsabilidad, es que la Sala señala textualmente lo siguiente: *“que, al no haber probado la empresa demandante el monto exacto por resarcimiento del daño, el mismo debe ser fijado prudentemente considerando los gastos que le produjo el almacenaje en el Puerto del Callao por los nueve vehículos en referencia y los de su*

reembarque con destino a Iquique – Chile (junto con los otros vehículos de los que forma parte según fojas treinta y uno) y, asimismo, las circunstancias en que se produjeron (...)”. Es así que la Sala determina un monto de indemnización de US\$ 40 000,00.

Como se puede apreciar, nos encontramos nuevamente ante el denominador común, vale decir, el juez se coloca en un primer escenario: no hay medio probatorio que acredite el daño para su cuantificación. No obstante, una vez determinado el primer escenario, tiene una base de razonamiento lógico anterior: Ya determinó que existe responsabilidad por parte del causante. Es ante estos dos escenarios que el juez posee la facultad, y de manera prudencial, de fijar un monto indemnizatorio dependiendo de los daños que el estime conveniente (factor subjetivo).

Vemos en esta sentencia nuevamente el denominador común que tiene la mayoría de jueces para cuantificar daños que, si bien existentes, no se han podido acreditar en base a medios probatorios objetivos (pericias, estudios económicos, etc.), no obstante ello, vemos nuevamente el denominador común de no tener claro cuáles fueron los factores que llevaron al juez a determinar que la indemnización estaría cuantificada por el monto de US\$ 40 000,00.

El porcentaje de la indemnización otorgada en relación con la indemnización solicitada es del 16%.

1.3.3. Responsabilidad Extracontractual.

Cuando se produce el daño sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o cuando existiendo ella, el daño es consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro y no de una obligación voluntaria, estamos en el ámbito de la denominada responsabilidad extracontractual.⁴¹

En este sentido la responsabilidad extracontractual no nace de un acuerdo de voluntades, nace de situaciones que no establecen una vinculación jurídica entre las partes y se resarce con la restitución de un daño no querido.

⁴¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición. Perú 2002. pp. 24

Para ilustrar este tercer supuesto, utilizaremos el caso entre el Banco Central de Reserva del Perú y el Instituto Peruano de Economía, en el cual nos encontramos ante la lesión de la situación jurídica de un sujeto producto de la acción de otro.

Caso BCR

El día 16 de enero de 2006 el Instituto Peruano de Economía, publicó en su página web un comentario diario titulado “BCRP evita volatilidad del tipo de cambio (y, de pasada, da ayudita a candidato extremista)”⁴². En dicha publicación se señalaba que las decisiones del Banco estaban subordinadas a preceptos ideológicos.

Los comentarios del IPE no sólo se publicaron en la página web www.ipe.org.pe sino que fueron remitidos masivamente a través de correos electrónicos.

Se afirmó en los comentarios que la intención (del BCR) sería obvia:

“crear un ambiente de calma excepcional de los mercados para reducir el impacto negativo que la candidatura Humala está generando en las expectativas de los agentes en especial de los inversionistas)” También se afirmó que *“ese el riesgo de tener un directorio de Banco Central cuyas decisiones de política se subordinan a los preceptos ideológicos”*. *“En solo 1 mes el Central ha usado más del 9% de la posición de cambio para limpiar a su candidato (...)”*.

Tras la difusión, el BCRP decidió demandar al IPE exigiendo una indemnización por daños y perjuicios porque consideró que se afectó gravemente su credibilidad. El BCR demandó resarcimiento de daños y perjuicios toda vez que alegó que se pretendía atribuir al BCR objetivos que no corresponden a las metas trazadas y que se encuentran en abierta contradicción con su finalidad constitucional y la neutralidad de su Directorio, constituye una gravísima acusación que, sin duda, afecta la reputación y credibilidad de una institución que esta llamada a preservar el interés público.

Se alegó que la credibilidad institucional es un interés jurídico del Banco Central que había sido menoscabado con el comentario diario aparecido el 16 de enero de 2006 en la página web del IPE, por lo que el Banco Central reclamaba una satisfacción que

⁴² INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. “BCRP evita volatilidad del tipo de cambio (y, de pasada, da ayudita a candidato extremista)” En: <<http://ipe.org.pe/comentario-diario/16-1-2006/bcrp-evita-volatilidad-del-tipo-de-cambio-y-de-pasada-da-ayudadita>>

se traduce en el pago de una indemnización y el reconocimiento, por parte del IPE, de la falsedad de la imputación que ha dado origen a esta demanda.

Entre los medios probatorios más importantes se presentaron:

- El mérito del comentario diario del Instituto Peruano de Economía publicado en su página web el 16 de enero de 2006, que constituye la prueba del daño producido al Banco Central.
- El mérito de los reportes de inflación: evolución y perspectivas, correspondientes a los meses de enero, mayo y agosto de los años 2004 y 2005.
- El mérito de la publicación aparecida el 17 de enero de 2006 en la página web de CPN Radio sobre las declaraciones del señor Kurt Burneo Farfán.

Estas 3 situaciones tienen en común que existe un sujeto que ha sido afectado y uno que es el llamado a responder, sea en forma previa a concretar un vínculo jurídico, sea dentro de una relación jurídica establecida previamente o producto de la lesión a la esfera jurídica de un sujeto sin relación jurídica previa.

Ante esto, la Casación N° 2673-2010-Lima publicada el 31 de julio de 2013 resulta interesante, pues aunque la decisión en mayoría declara infundada la demanda porque considera que la actuación del IPE se limita a ejercer su derecho a libertad de opinión por lo que está ejerciendo regularmente su derecho, considera que sí existe jurídicamente la posibilidad de resarcir a las personas jurídicas por daños extrapatrimoniales, como responsabilidad extracontractual.

Sobre la responsabilidad civil extracontractual y la determinación del monto indemnizatorio a favor de la víctima ha sido encomendado al Poder Judicial. Sobre este tema el profesor Alejandro Falla Jara⁴³ ha realizado una investigación y ha demostrado con datos estadísticos y procesos judiciales que la cuantificación de las indemnizaciones en responsabilidad extracontractual en vía judicial, resulta siendo un fracaso porque el Poder Judicial ha dejado de cumplir su rol, producto de procedimientos largos, costosos, indemnizaciones irrisorias, llegando a ser por muerte de una persona la indemnización inferior a 10 dólares, y que ha generado una

⁴³ FALLA JARA, Alejandro, La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Perú, Análisis de un Fracaso, Tesis para optar el grado de Abogado PUCP, 1996, Lima. pp. 282.

situación en la que nadie paga el costo de los accidentes que causan y en donde son las víctimas que soportan íntegramente el costo de los accidentes⁴⁴.

En efecto se llegó a demostrar en dicha investigación, que el costo por la muerte de una persona, cuesta menos en comparación al costo de una aves silvestres del tipo GREY CHEEKS, donde se le otorgo la suma de \$80,000.000 dólares o la suma equivalente como indemnización vigente al momento de pago por indemnización por los daños derivados del incumplimiento del contrato de transporte internacional de dichas aves silvestres, contra Ecuatoriana de Aviación (Expediente 1482-86 – 1era. Sala Civil Corte Superior) (Ecuatoriana de Aviación y Yolanda Mutilini), frente a la sumatoria de 162 procedimientos judiciales, en los que se otorgo la suma total de \$66,000.00 o su equivalente en moneda nacional, por indemnizaciones por responsabilidad extracontractual por accidente de tránsito derivado de daños de tipo personal seguido de muerte.

1.4. Distinción entre Responsabilidad Contractual y Extracontractual.

El Art. 1314 de nuestro Código Civil señala 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*”.

De otro lado, el Art. 1969 indica que: “*Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por dolo o culpa corresponde a su autor.*”

El primer artículo hace referencia a la denominada *responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones* ubicada en el Título IX de la Sección Segunda del Libro VI Las Obligaciones; el segundo, en cambio, se refiere a la denominada *responsabilidad por hecho ilícito*⁴⁵ contenida en la Sección Sexta del Libro VII Fuentes de las Obligaciones.

La distinción de ambas en mérito a la ubicación de las normas o por la diferente regulación de las mismas en nuestro código civil es sólo un indicio que estamos frente

⁴⁴ Ídem, pp. 284.

⁴⁵ Vamos a entender que el término hecho ilícito va a abarcar tanto los supuestos de criterio de imputación subjetivos como los objetivos.

a 2 diferentes tipos de responsabilidades, pero no son razones concluyentes para determinar su diferenciación dado que nuestro Código no contiene una *estructura* interna global coherente, sino por el contrario, contradicciones que discrepan con cualquier idea de sistema.

Para la interpretación, se tiene que el deber de darle sentido a los dispositivos normativos, partiendo desde la regulación existente así como del desarrollo propio de las instituciones que están detrás de ellas, a fin de obtener las normas jurídicas. De este modo, tiene lugar una inversión del proceso creativo en el proceso interpretativo.

En este sentido retrospectivo trataremos de determinar si en el Perú tiene sentido o no la distinción entre ambas responsabilidades. Así pasaremos a analizar las diversas posturas que se han pronunciado sobre este tema.

Se ha escrito y cuestionado mucho la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, por lo que se hace necesario argumentar sobre su distinción, para luego optar por una de las posiciones.

En ese sentido, podemos señalar que los autores que abordan dicha diferenciación abordan razones como la distinta naturaleza del interés violado, la existencia o no de programa previo, la previsibilidad o no de los efectos, los diferentes mecanismos de tutela, entre otros.

Iniciaremos reconociendo los supuestos de responsabilidad contractual aquellos que derivan de obligaciones ya constituidas, aunque no tengan su origen en un contrato. Es decir, la existencia de una relación preexistente –independientemente de la fuente que la genere– que contiene deberes específicos programados a fin de satisfacer intereses particulares (principales o secundarios), la violación de los mismos constituirán la denominada responsabilidad contractual. En cambio, cuando se afecta un deber general de no injerencia en la esfera personal de cada uno, encontramos la denominada responsabilidad extracontractual.

Estos deberes tienen su origen en los intereses que se protegen, en ese sentido, BETTI señala que

“Tal interés en el ilícito contractual está determinado por la expectativa crediticia fallida, que pide una subrogación de la cooperación que no se prestó. Junto al

*interés por la prestación surge en el acreedor un interés subrogatorio: interés en obtener esa subrogación, que le es debida como consecuencia del fallo de su expectativa, que puede ser, bien una reintegración en forma específica de su expectativa (p.e. restitución) o bien el resarcimiento del daño tal y como se tiene en cuenta en el artículo 1.223. En el ilícito extracontractual, en cambio, la lesión del interés se concreta en el “daño injusto” que se ha causado a otros (...)*⁴⁶

Reconocida la presencia de intereses distintos, frente a las posiciones unificadoras de la responsabilidad civil, CORSARO pone condición para una efectiva unificación de las responsabilidades que se identifiquen ambos intereses *“En resumen, quien pretenda atenuar o cancelar la distinción entre los dos diversos sectores de la responsabilidad debe, en primer lugar, identificar los intereses que constituyen sus bases y que son protegidos por la ley en ambos sectores, con el fin de demostrar la identidad de estos, o de construir un sector unitario como objeto de la protección. En efecto, sin “unificar” el interés protegido, no se podrán unificar los dos sectores, porque sólo la unicidad del interés podrá conducir a una unificación del régimen (incluso a través del expediente técnico del concurso de normas aplicables). (...)*⁴⁷

De otro lado, una vez establecido el vínculo obligacional este contiene un programa el cual debe ser cumplido para la distribución de la riqueza, por lo que frente a su incumplimiento, el deudor debe colocar al otro en una situación como si hubiese cumplido⁴⁸. A diferencia, las obligaciones generadas por la responsabilidad extracontractual, no contienen programa previo, debiéndose colocar a la víctima en semejante estado como si no hubiese ocurrido el hecho dañino.

Así pues no va a ser la misma responsabilidad de un sujeto que pacta con otro la entrega de mercadería en un momento determinado, y que incumple con la entrega de la misma dejando insatisfecho el interés del acreedor; que de aquel ajeno al vínculo contractual, que sustrae sin autorización la mercadería del deudor perjudicando igualmente interés del acreedor.

⁴⁶ BETTI, Emilio. *Teoría General de las obligaciones*, tomo I, traducción de José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pp.121, 122.

⁴⁷ CORSARO, Luigi, óp. cit., pp.150.

⁴⁸ HARO SEIJAS, José Juan. 2002 “De tin marín de do pingüé... Un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú.” En *Themis. Revista de derecho. Segunda época*. N°44, 2002, pp.97.

Entonces, al existir un programa anterior al hecho del incumplimiento, las partes según un criterio económico-individual son las que *prevén*⁴⁹ y *asumen* los riesgos, debiendo en principio responder sólo por ellos. En cambio, en los supuestos de responsabilidad civil, se protege los intereses en razón a la solidaridad social, basado de por sí en criterios económicos-sociales.⁵⁰

En ese sentido, la prevención de hechos que pueden afectar el interés de las partes son asumidos en el vínculo que mantienen los sujetos, por lo que en principio la tutela jurídica va a estar sujeta a lo que se desprenda de las reglas pactadas⁵¹. Dicha previsibilidad no puede plantearse en la responsabilidad extracontractual, toda vez que no existe programación previa al hecho ilícito.

1.5. Unificación de la Responsabilidad Contractual

Los que sostienen esta posición se cuestionan si en realidad son distintas ambos tipos de responsabilidades en su naturaleza, y si fueran distintas, si existe justificación razonable para mantener su distinción.

ESPINOZA ESPINOZA ha tomado como tema principal la reparación del daño, toda vez que ambas situaciones se ha lesionado una situación jurídica preexistente:

*“En mi opinión, el problema no se encuentra en aplicar tal o cual régimen de responsabilidad que, en buena cuenta, se centra en juzgar maniqueísticamente la conducta del agente dañoso, sino en proporcionar a la víctima un medio jurídico eficaz para reparar adecuadamente el daño ocasionado.”*⁵²

Según este autor, el primer párrafo del Art. 1321 C.c. establece que “queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”; y la primera parte del artículo 1969 C.c. precisa que “aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”. En ese sentido colige que, sea por incumplimiento de las obligaciones, sea por lesionar un

⁴⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial.” *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2003, pp. 262. En ese sentido, las partes al desplegar su autonomía privada podrán prever los riesgos razonables de su transacción, y en función a estos, su precio de reserva aumentará o disminuirá según sea el caso.

⁵⁰ MORALES HERVIAS, Rómulo. “La responsabilidad en la norma jurídica privatística. A propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual).” *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Grijley, 2006, pp. 652.

⁵¹ La noción de la previsibilidad queda confiada al prudente arbitrio del juez, el cual deberá tomar en cuenta la situación, la cualidad de la persona del deudor. MESSINEO, Francesco, óp. cit., pp.248.

⁵² ESPINOZA ESPINOZA, Juan, óp. cit., pp. 42.

derecho o un legítimo interés y, por ello, se ocasionan daños, la sanción que impone el Código Civil al “*responsable*” es la de *indemnizar*⁵³; lo que importa en esta posición es proporcionar a la víctima del hecho dañoso un medio jurídico eficaz para reparar adecuadamente el daño.

1.6. Nuestra Posición.

En el caso que se violen deberes generales que sean ajenos al vínculo obligacional, se configurará un supuesto de responsabilidad extracontractual; en cambio, en caso se viole el vínculo obligacional, o se viole algún deber general que tenga una relación directa con la relación jurídica generada estaremos frente a un supuesto de responsabilidad contractual; es así que adoptamos como propios los criterios en función de la programación en el vínculo contractual⁵⁴, su previsibilidad y mecanismos de tutela distintos a los supuestos en la responsabilidad extracontractual.

En el plano normativo se muestran otras diferencias, al mencionar la programación de intereses en los vínculos obligacionales, pueden incluirse en estos supuestos de exoneración o limitación de de responsabilidad en los supuestos de culpa leve que no afecten el orden público según una interpretación a contrario de lo establecido en el Art. 1328 del Código Civil⁵⁵

Dicho pacto no puede producirse en la responsabilidad extracontractual, toda vez que carece de oportunidad de una programación previa al hecho ilícito.

En relación a los criterios de imputación, la responsabilidad contractual tiene en su vertiente subjetiva: al dolo, la culpa inexcusable y culpa leve según el Art. 1321⁵⁶ del Código Civil. En su vertiente objetiva encontramos a la responsabilidad del deudor que para ejecutar su prestación se vale de un tercero Art. 1325⁵⁷.

⁵³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *óp. cit.*, pp. 28.

⁵⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual.” En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Lima: Grijley, Tomo III, 2007, pp. 1723.

⁵⁵ Véase Artículo 1328° CC.

⁵⁶ Véase Artículo 1321° CC.

⁵⁷ Fíjese en este punto que se la responsabilidad es directa toda vez que la solidaridad no se presume, en cambio, en la responsabilidad civil se regula la solidaridad entre el principal y el que actúa bajo sus órdenes según el Art. 1981.

En contraste, en la responsabilidad civil, el Art. 1969⁵⁸ establece al dolo y a la culpa como criterios subjetivos de imputación, y de tipo objetivo los Arts. 1970⁵⁹ en consideración al riesgo o al peligro del bien o del ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, 1976⁶⁰ responsabilidad del representante legal del incapaz sin discernimiento, 1979⁶¹ responsabilidad del dueño del animal y 1980⁶² responsabilidad del dueño del edificio.

En ese sentido, de la revisión de los artículos correspondientes a la responsabilidad contractual se infiere cierta graduación de la culpa toda vez que el Art. 1319⁶³ del Cc. regula la denominada *culpa inexcusable*, a diferencia del Art. 1320⁶⁴ el cual se remite a la presunción de la culpa leve la cual es asimilada como la omisión de *diligencia ordinaria*. En cambio, en responsabilidad civil sólo se hace mención en el Art. 1969⁶⁵ a los supuestos de dolo o culpa.

Tal como se mencionó líneas arriba en la responsabilidad contractual se presume la culpa leve del deudor; sin embargo, en casos de dolo o culpa inexcusable la carga de la prueba se traslada al perjudicado de la inejecución de la relación obligatoria según el Art. 1330⁶⁶. En cambio, en la responsabilidad civil extracontractual la carga de la prueba para no responder por dolo o de culpa corresponde al autor.⁶⁷

Asimismo, de una interpretación literal de las normas, en la responsabilidad contractual según el Art. 1321⁶⁸ del CC se resarce los daños, si media culpa leve, que sean consecuencia inmediata, directa, y hayan sido previsibles al momento de establecerse la relación obligatoria. En caso la víctima desee extender la responsabilidad a situaciones imprevisibles, debe probar dolo o culpa de su autor.

En cambio, en la responsabilidad civil extracontractual, el resarcimiento comprende los daños que puedan enlazarse con el acto ilícito conforme a la teoría de la *causalidad adecuada* según lo dispuesto en el Art. 1985.⁶⁹

⁵⁸ Véase el Artículo 1969 CC.

⁵⁹ Véase el Artículo 1970 CC

⁶⁰ Véase el Artículo 1976 CC.

⁶¹ Véase el Artículo 1979 CC.

⁶² Véase el Artículo 1980 CC.

⁶³ Véase el Artículo 1319 CC

⁶⁴ Véase el Artículo 1320 CC

⁶⁵ Véase el Artículo 1969 CC

⁶⁶ Véase el Artículo 1330 CC.

⁶⁷ Véase el Artículo 1969 CC

⁶⁸ Véase el Artículo 1321 CC

⁶⁹ Véase el Artículo 1985 CC

En cuanto al resarcimiento del daño según el Art. 1333 del CC. los intereses se devengan en la responsabilidad contractual a partir de la constitución en mora; en cambio, en la responsabilidad extracontractual, se devengan a partir que se produjo el daño según lo que indicado por el Art. 1985.⁷⁰

El plazo prescripción en el supuesto de responsabilidad contractual es de 10 años⁷¹, y 2 años en el caso de la responsabilidad civil⁷². La distinción se atiene exclusivamente a que el derecho del resarcimiento del daño aquiliano es autónomo respecto al derecho lesionado, en cambio, el resarcimiento del daño contractual es con objeto diverso del originario derecho de crédito.

Finalmente, la justificación de funciones semejantes como argumento para sustentar la unificación considero que no es razón suficiente para generar dicho propósito, toda vez que en abstracto las funciones pueden ser similares, pero que existirán circunstancias propias de la configuración de cada tipo de responsabilidad que justificarán enfoques particulares para la aplicación de aquellas.⁷³ Si bien es cierto, existen funciones semejantes, tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual, también es cierto, que se deben evaluar las acciones y deberes específicos que se derivan del contrato para no confundir ambas responsabilidades como se ha hecho en el presente caso:

Caso: Félix Martínez vs. Max Solorzano.

El 4 de mayo de 1999, el señor Félix Martínez Gutiérrez, interpuso demanda acumulativa sobre indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual y pago de dinero contra el señor Max Solórzano García, a fin de que cumpla con:

- (i) El pago de S/. 128,000.00 (Ciento Veinte y Ocho Mil y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daños y perjuicios ocasionados por la captura y despojo ilegal

⁷⁰ Véase el Artículo 1985 CC

⁷¹ Véase el Artículo 2001 CC

⁷² Véase el Artículo 2001 CC

⁷³ Dicho argumento también es válido frente a quienes justifican la unificación basados en que ambos tipos de responsabilidades tienen la misma estructura y las diferencias en matices. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, óp. cit., p.31. SEMINARIO STULPA, Eduardo. "Responsabilidad civil: breves comentarios acerca de la propuesta de enmienda". En: CONGRESO INTERNACIONAL. UNIVERSIDAD DE LIMA. *Diez años del Código Civil Peruano. Balance y perspectivas*. Tomo I Lima: W.G. E.I.R.L., 1994, p.333.

- del vehículo de su propiedad camión marca Volvo, con placa de rodaje N° WO-9580 (en adelante, el “Vehículo”), así como S/. 4,000.00 (Cuatro Mil y 00/100 Nuevos Soles) semanales hasta la fecha de entrega del Vehículo,
- (ii) El pago de US\$ 14,000.00 (Catorce Mil y 00/100 Dólares americanos) o su equivalente en moneda nacional, o el monto que resulte determinado por perito designado por el juzgado, por concepto de pago de la tolva entregada por el Demandante al Demandado con fecha 11 de mayo de 1994.

Dicha demanda se produjo dado que con fecha 12 de junio de 1995, el Demandante y el Demandado suscribieron Escritura Pública de Reconocimiento de Deuda, Constitución de Hipoteca Predial y Prenda Sin Desplazamiento, mediante la cual el Demandante reconoció a favor del Demandado derechos de cobro sobre determinada acreencia.

En un proceso de Ejecución de Garantías, expediente N° 98-165, por incumplimiento de pago de la deuda reconocida por Escritura Pública del 12 de junio de 1995, se ordenó, la captura del Vehículo de propiedad del demandado en el referido proceso, el mismo que fue embargado el día 4 de setiembre de 1998.

A decir del Demandado, la captura del Vehículo y entrega al Demandante en calidad de custodio supuso una captura y despojo ilegal del Vehículo de su propiedad, a pesar se había suscrito precisamente una Escritura Pública de constitución de prenda sin desplazamiento sobre el Vehículo, justamente para no inmovilizarlo por ser una herramienta de trabajo.

Asimismo, sostiene el Demandante que la prenda sin desplazamiento se constituyó sobre las acciones y derechos del Vehículo –por tratarse de un Vehículo de propiedad de la sociedad conyugal conformada con su esposa, la señora Alicia Saavedra Quispe- por lo que lo que legalmente procedía era la ejecución del Vehículo vía remate. Es recién el nuevo propietario en remate el que podía pedir la captura del Vehículo.

Si bien la demanda era atendible, el primer problema era la base legal utilizada es decir Artículo 1969° del Código Civil como supuesto de responsabilidad extracontractual.

Mediante Resolución N° 24, de fecha 3 de octubre de 2000, la Sala Superior declara FUNDADA EN PARTE la demanda interpuesta por el señor Félix Martínez Gutiérrez contra Max Solórzano García sobre pago de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual.

La Sala Superior sustenta su decisión en lo siguiente:

1. El Demandado solicitó la captura del Vehículo a pesar que sabía y tenía conocimiento que mediante Escritura Pública de Reconocimiento de Deuda, Constitución de Hipoteca Predial y Prenda Sin Desplazamiento se había constituido una prenda sin desplazamiento, y que la misma había sido constituida en cuotas ideales del Vehículo mas no así en todo el bien, por tratarse de un bien de propiedad de la Sociedad Conyugal.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1969° del Código Civil, aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. En este sentido, señala, habiendo el Demandado solicitado la captura y posterior inmovilización del Vehículo en forma indebida, se encuentra en la obligación de indemnizarlo, quedando demostrada la existencia de un uso abusivo de un derecho.
3. Si bien los hechos imputables al Demandado deben ser indemnizados por los daños y perjuicios causados al Demandante, también este monto debe comprender el lucro cesante, por tratarse de un camión de carga.

Si bien estamos de acuerdo con el sentido de la Resolución, no compartimos que se haya resuelto en base a la responsabilidad extracontractual, dado que nos encontramos en un supuesto de responsabilidad contractual toda vez que existe quebrantamiento de deberes de acción específicos derivados del negocio jurídico de reconocimiento de deuda y prenda sin desplazamiento.

SEGUNDA SECCION

2.1. Elementos de Responsabilidad Civil

Adoptada la posición de distinguir la responsabilidad contractual de la extracontractual, y habiendo desarrollado las funciones de la responsabilidad civil, nos toca a continuación examinar los elementos que configuran la responsabilidad civil a partir del denominado juicio de la responsabilidad.

Este juicio consiste en la verificación de la existencia del daño jurídicamente relevante (y su antijuridicidad), luego se verifica la subsistencia de una relación causal del evento dañoso y una de las hipótesis normativas de responsabilidad. Posteriormente, se establece la imputación (quién es el responsable) y se determina la obligación resarcitoria.

2.2. El Daño

2.2.1. Concepto

Proviene del latín *damnum* y en términos generales puede concebirse como un detrimento, menoscabo, lesión o perjuicio que sufre un sujeto sea en su integridad personal o en su patrimonio.

Dicho perjuicio en bienes tutelados en el ordenamiento, tiene sentido no en función del menoscabo propio en la entidad material, sino en la utilidad del mismo para el interés del perjudicado. Así pues, por ejemplo, en términos de la responsabilidad contractual, busca protegerse la tutela del crédito. Si en un caso de suministro de bienes, una empresa incumple en el décimo mes la entrega de los bienes en la fecha pactada y lo hace el día siguiente, y esto no tendría efecto perjudicial para el acreedor, puede existir alguna sanción pecuniaria que hayan pactado previamente, sin embargo, no se configuraría la hipótesis del daño y no sería pasible de responder civilmente.

El caso sería distinto si se manda hacer un traje de novia para una fecha determinada, y este es entregado al día siguiente del evento, es claro que existe una afectación al interés del acreedor, por lo cual, luego de efectuar el juicio de responsabilidad, sería pasible de responder civilmente.

En ese sentido, tal cual lo adelantamos en los apuntes preliminares, existirá un ataque al interés protegido, y se configurará el daño a partir de las consecuencias negativas que se deriven del evento, ya sea porque se afecta el interés en sí o se afecta el bien mismo, por lo tanto, en términos de responsabilidad civil debe responder por el daño causado; sin embargo, es importante también indicar que no todo daño es indemnizable, porque para que esto se produzca, tienen que existir factores de atribución, o un elemento adicional para que proceda ello, ya sea mediante el dolo o culpa o mediante una actividad riesgosa o peligrosa.

2.2.2. Requisitos

En doctrina se señala que el daño puede estudiarse como un fenómeno de la realidad o como un *facto jurídico*. En el primer supuesto se entiende en sentido amplio como cualquier perjuicio o alteración de una situación favorable.

En cambio, para ser calificado como parte del supuesto de hecho complejo que genera la responsabilidad, es necesario que cumpla ciertos requisitos como la certeza, su subsistencia y la especialidad del mismo.

Respecto a lo primero, se realiza una constatación preliminar en los hechos, es decir, el evento dañoso y las consecuencias negativas del mismo deben haber acaecido y ser actuales, por lo que se deja de lado supuestos hipotéticos del mismo.⁷⁴

Así también en aquellos supuestos en los cuales el perjuicio implícito no haya ocurrido, sin embargo genera otro daño, también estaremos frente a un caso de certeza del mismo. Por ejemplo, que se escape un perro y amenace a una anciana, justo cuando la va a atacar, el dueño con un grito lo detiene, pero la señora del susto retrocede, tropieza y cae produciéndose la fractura de su brazo.⁷⁵ No cabe duda que nos encontramos frente a un daño cierto.

Asimismo, no debe haberse resarcido los daños previamente, es decir debe subsistir, toda vez que lo que se busca en general en la responsabilidad civil es la reparación de la víctima, mas no así el enriquecimiento de la misma a propósito del daño. Así por ejemplo, si producto de un choque automovilístico se generan daños sólo de índole patrimonial y el seguro cubre todos los gastos del mismo, se ha eliminado en los hechos las consecuencias negativas del evento dañoso, por lo que no podría considerarse al daño como subsistente.

Finalmente, se requiere que el daño sea especial, es decir, que las consecuencias negativas del mismo deben afectar a un sujeto de derecho -en forma individual o en forma colectiva- titular de un interés tutelado.

2.2.3. Clasificaciones

Tradicionalmente se ha clasificado al daño en patrimonial y no patrimonial. Con el primero se hace referencia a aquel daño que incide en el patrimonio económico de las personas menoscabando la situación del perjudicado. En cambio, con daños no patrimoniales se denota aquellos que no pueden ser valorados patrimonialmente.

Así pues, en Alemania se adopta tal distinción *Vermögensschaden* –daño patrimonial⁷⁶- y *nicht Vermögensschaden* –daño no patrimonial. LARENZ hace la

⁷⁴ MAZEAUD, Henry y León, TUNC, André, óp. cit., p.301.

⁷⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Volumen IV tomo II, cit., p. 17.

⁷⁶ Debemos tener en cuenta que por tradición en el *Common Law* —y, hasta cierto punto también en el Derecho alemán— se contraponen otro tipo de clasificaciones que distinguen el denominado daño tangible (*physical damage*), que se refiere tanto al daño a las personas como a las cosas, y del daño llamado patrimonial puro (*pure economic*

distinción entre daño material –entiéndase como patrimonial- y daño inmaterial –léase como no patrimonial. El primero es el daño *patrimonial* que puede generarse directamente en forma de privación, destrucción, menoscabo o deterioro de un *bien patrimonial*, o indirectamente, P.e., en forma de pérdida de adquisiciones o de ganancias o de causación de gastos necesarios originados por el daño. Daño inmaterial, en cambio, es el daño directo que alguien sufre en un bien de la vida (Vg. salud, honor, etc.) que *no puede ser valorado en bienes patrimoniales*.⁷⁷

En Italia se adopta la distinción alemana de daño patrimonial y no patrimonial, con la precisión que estos últimos, según lo dispuesto por el Art. 2059 de su código sustantivo deben ser determinados por ley, lo que se ha entendido en términos de delitos penales.

De otro lado, respecto a los daños denominados patrimoniales se hace la distinción entre daño emergente y lucro cesante. El primero hace referencia a la disminución patrimonial que sufre el perjudicado como consecuencia directa del daño. En cambio, el segundo se refiere a la frustración de todo aquello que se ha dejado de ganar producto del acaecimiento del daño.

En Francia, se hace la distinción entre lo que se denomina daños materiales y daños inmateriales. Los primeros denotan la afectación de los bienes de los individuos y su correspondiente disminución en el valor del patrimonio⁷⁸; en cambio, los segundos de forma abierta se refieren a todos los demás, incluyendo al denominado daño moral, en el cual se encuentra comprendido el denominado daño a la persona.⁷⁹

En el Perú se ha recogido en términos generales la distinción francesa. Así pues, en sede contractual se señala en el Art. 1321 que se resarce “(...) 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. (...)” Adicionalmente el Art. 1322

loss), el cual sin causar un daño a la persona del dañado o sus cosas produce una disminución de su patrimonio. MARTÍN CASALS, Miquel, óp. cit., p.9.

⁷⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Traducción por Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p.195. Tal cual lo señala Leysser León, la distinción en material e inmaterial, tiene un mero valor adjetivo y no técnico LEÓN HILARIO, Leysser. Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano, cit., p. 248; sin embargo del mismo se puede deducir la distinción en función de bienes patrimoniales y no patrimoniales.

⁷⁸ MAZEAUD, Henry y León, TUNC, André, óp. cit., p.298.

⁷⁹ LEÓN HILARIO, Leysser. <<Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano>>, cit., p. 243.

señala que “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.”

En sede extracontractual el Art. 1985 indica que “La indemnización incluye, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, (...).”

Ahora bien, se ha generado disyuntiva en sede nacional sobre el *daño a la persona* a partir de la importación del Dr. Fernández Sessarego de este término de sede italiana. Así pues dicho autor manifiesta “Sea cual fuere la denominación que se adopte, lo importante es verificar que bajo todas y cada una de tales expresiones se aloja un mismo único concepto: el daño a la persona de carácter no patrimonial. (...) *El daño no patrimonial es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial*”.⁸⁰

Dado que en nuestra legislación tenemos un cláusula abierta en el Art. 1969 del Código Civil, y no un artículo como el 2059 del Codice Italiano el cual restringe los daños no patrimoniales a los supuestos determinados por Ley -que en la práctica han derivado normalmente a ilícitos penales- producto de lo cual se han creado diferentes nuevos supuestos de ilícitos (daño a la persona, daño biológico, daño existencia, entre otros); entonces, consideramos que dicho agregado de daño a la persona en el Art. 1985 debe entenderse contenido en el concepto mayor de daño moral, siendo por tanto innecesaria su regulación de manera distinta.⁸¹

2.2.4. Resarcimiento del Daño Patrimonial

En el supuesto que las consecuencias negativas del evento dañoso sólo generen perjuicio en el patrimonio de la víctima, la valoración del daño no debe estar en referencia a la naturaleza de los bienes lesionados, sino a las consecuencias económicas que dicha lesión produce en la utilidad o valoración social de los mismos los cuales tienen incidencia negativa en el patrimonio antes mencionado.⁸²

⁸⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho de las personas”. En *COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL*. Código Civil, IV, Exposición de motivos y comentarios, al cuidado de Delia Revoredo. Lima: Occurra Ediciones, 1988, pág. 91.

⁸¹ Toda vez que no es materia del presente trabajo la profundización de la supuesta distinción entre daño a la persona y daño moral, adoptamos la posición que el Dr. Leysser León manifiesta en su texto LEÓN HILARIO, Leysser. <<Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano.>>, cit., pp. 223 y ss.

⁸² SALVI, Cesare. Voce: “Responsabilità IV. Responsabilità extracontrattuale b. Diritto Vigente”, op.cit., p.1207.

Así pues, en sede nacional Gastón Fernández ha señalado que la patrimonialidad del objeto "(...) *no corresponde al daño en sí considerado, sino a las consecuencias de la lesión*", por lo que el carácter patrimonial del daño «*deriva o de la verificación contable de un saldo negativo en el «estado patrimonial» de la víctima; sino de la idoneidad del hecho lesivo, según la valuación social típica, a determinar en concreto una disminución de los valores y de las utilidades económicas de las cuales el damnificado puede disponer*».⁸³

Entendido esto, podemos señalar que en doctrina señalan generalmente como formas de resarcimiento al dinerario o por equivalente, y al resarcimiento en especie o *in natura*.

El primero se refiere a que el resarcimiento se efectuará en su equivalente monetario, el cual se entiende mejor a través de una función compensatoria, lo cual que es congruente con una economía de mercado en la cual el dinero es factor de medida de los bienes y prestaciones.⁸⁴

Dicha compensación implica un traslado del costo de la víctima al responsable, lo cual deriva en una redistribución del mismo, es decir, también se "(...) *se realiza la función de redistribución de los costos económicos que es cumplida por el juicio de responsabilidad frente a los daños patrimoniales. Como base de la regulación de tal remedio se encuentra el principio según el cual la víctima tiene derecho a una suma en dinero correspondiente a la entidad del daño que ha padecido, sea como disminución del patrimonio (daño emergente), sea como ganancia no realizada (lucro cesante)*».⁸⁵

Ahora bien, respecto al resarcimiento en forma específica o *in natura*, debemos señalar que el ordenamiento permite que el resarcimiento no sólo se realice por su equivalente en dinero, sino que puede realizarse mediante la entrega de una cosa, la realización de una actividad, u otro medio que permita reparar de alguna manera el daño ocasionado a la víctima.

⁸³ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad*, op.cit., pp. 266.

⁸⁴ SALVI, Cesare. Voce: "Risarcimento del danno", op.cit., pp.1085.

⁸⁵ SALVI, Cesare. "El daño". En LEÓN HILARIO, Leysser (traductor y editor). *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: ARA editores, 2001, pp. 305.

2.2.5. Resarcimiento del Daño No Patrimonial

Al mencionar el tema de resarcimiento *en términos genéricos* partimos por la circunstancia que se causa un daño a un interés que es pasible *en sí* de una valoración económica.

Sin embargo, dicha valoración económica no puede darse siempre, dado que habrá ciertas afectaciones dañinas a intereses que no tienen *per sé* valoración económica alguna, por tanto les es extraña la función de compensación. De esto se deriva, que cualquier tipo de resarcimiento de tipo económico que se realice sólo tendrá como efecto el enriquecimiento de la víctima a propósito del daño ocasionado.

Así pues se señalan en doctrina remedios que puedan *reparar* el daño no patrimonial, como por ejemplo en los casos de la lesión al honor, si alguien difama vía un medio de comunicación masiva a un sujeto, este puede verse desagraviado mediante un retracto del dañante en el mismo medio. Así también, la publicidad de la sentencia es también un mecanismo de *reparación* del daño.

2.2.6. El daño en la jurisprudencia

Caso Víctor Celis vs. Rebagliatti.

El 28 de octubre de 1994 el demandante sufrió un accidente en su trabajo al caer de 3 metros lo que le causó la fractura de la cadera y muñeca izquierda.

En su condición de asegurado del ESSALUD con N° 0112CIBAV003 fue internado en el Hospital Edgardo Rebagliatti Martins donde luego del estudio médico respectivo lo sometieron a una intervención quirúrgica el 3 de diciembre de 1994 practicándose reducción y osteosíntesis de acetábulo de cadera izquierda, la cual estuvo a cargo del demandado Dr. Pedro Lajo Lazo, médico del Servicio de Ortopedia y Traumatología 9° A. del Hospital Edgardo Rebagliatti Martins.

Luego de la intervención quirúrgica descrita, el demandante indicó que continuaba sintiendo molestias al caminar (cojeando), por lo que solicitó un chequeo particular en la Clínica Javier Prado, el 29.3.1996 a fin de observar el resultado de la operación. Así pues le realizaron la medición de los miembros inferiores que dando como resultado

“Que, el miembro inferior izquierdo 2 cm más corto que su homólogo” lo cual le causaba el dolor a nivel de la cadera.

En los primeros meses del año 2000 empezó a sentir molestias cada vez más intensas causándole sorpresa la aparición de una tumoración en el lado izquierdo de la pelvis (zona operada). Por tanto solicitó una consulta en la Clínica Javier Prado el 5.10.2000 con el Dr. Guillermo Reynoso donde le tomaron dos placas radiográficas con diagnóstico de “Tumoración Fibrosa.” Toda vez que el demandante tenía la condición de asegurado solicitó una consulta externa en la Clínica G. De Suárez que pertenece a ESSALUD obteniendo el diagnóstico “Tumoración en cadera izquierda” Código 0481, siendo transferido al Hospital Edgardo Rebagliatti Martins ESSALUD el 16.10.2000 e internado por emergencia el 20.10.2000.

Se solicitó un examen de Biopsia a la Tumoración, siendo el resultado “**material o cuerpo extraño con necrosis**” (gasas) capsuladas que se había dejado en el organismo en la pelvis en la anterior operación que se efectuó el 3.9.1994 por el Dr. Pedro Lajo Lazo y Dr. de Ortopedia y Traumatología del Hospital Edgardo Rebagliatti.

El 31 de octubre de 2000 el demandante fue intervenido quirúrgicamente nuevamente, hallándose que la tumoración de la Pelvis que se señalaban en los diagnósticos eran gasas capsuladas dentro del glúteo izquierdo, siendo intervenido por el Dr. José María Silva Barandiaran, quien en forma exitosa retiró dicho cuerpo extraño.

Por dicha negligencia médica en que incurrió el demandado Dr. Pedro Lajo Lazo, alegó el demandante se ha deteriorado su salud al causarle daño físico dado que el cuerpo extraño (gasas) que se dejó dentro del glúteo izquierdo, ocasionó pérdida de sustancia del Hueso Pélvico en un área de 4 x 16 cm y una fisura en la parte afectada pélvica cadera, debilitando el miembro inferior, ocasionando que no pueda desplazarse (cojeando), lo que perjudicó su trabajo. Además el demandante ya no podría realizar esfuerzos físicos dado que por prescripción médica cualquier golpe o esfuerzo sería de gravedad para su salud por la fisura y el deterioro de la cadera.

Es preciso indicar que el demandante se desempeñaba como técnico de mantenimiento de aeronaves con Licencia N° 273 DGAC, no pudiéndose desempeñar luego de la operación adecuadamente, habiendo tenido que dejar sus labores.

En virtud de esto se demandó que se pague en forma solidaria la suma de US\$ 25,000.00 por concepto de indemnización, por los daños y perjuicios como consecuencia de la negligencia médica en que incurrió el Dr. Pedro Lajo Lazo perteneciente al Hospital Nacional Edgardo Rebagliatti Martins ESSALUD, al dejar un cuerpo extraño (gasa) en el organismo del demandante por 6 años, (desde el 3 de septiembre de 1994 hasta el 31 de octubre de 2000) debiendo abonar los respectivos intereses legales desde el 31.10.2000, gastos y costas del proceso.

Mediante Resolución del 24 de junio de 2005 la Corte Superior resolvió declarar fundada en parte la demanda ordenando que los demandados paguen, solidariamente a favor del demandante la suma de \$15,000 más intereses legales que serán computados a partir del 31 de octubre del 2000.

El daño es por haber tenido el demandante en su organismo un cuerpo extraño (gasa), es decir, se alega un daño corporal, y por ello no ha podido conseguir trabajo para sostener a su familia (daño emergente), además que causarle un daño moral, correspondiendo fijar el Quantum indemnizatorio estando a los medios aportados por las partes, luego de establecido que sea el nexo de causalidad.

En el caso de autos se denuncia que el demandado, Pedro Lajo Lazo, al momento de efectuar una operación al actor, se olvidó sacar una gasa, quedándose por más de seis años en su organismo; y del análisis de los medios probatorios aportados al proceso, historia clínica del actor se advierte:

- a) El informe tomográfico que indica: *"Lesión con aspecto de masa heterogénea de contornos delimitados que comprenden los músculos iliaco glúteo media y menor del lado izquierdo mide 13* 9*10 cm. de diámetro de antero posterior transverso y longitudinal. Compromete el hueso iliaco de este lado y presenta áreas hipodensas sólidas entre 18 y 38U.H de aspecto sarcomatoso asas intestinales vesículas seminales de aspecto conservado incremento de las dimensiones de la próstata. CL: Lesión con aspecto de masa heterogénea que compromete el músculo glúteo menor y medio y el iliaco izquierdo. Con compromiso del hueso iliaco, de aspecto sarcomatoso"*.
- b) El documento denominado Epicrisis Servicio de Ortopedia y Traumatología, donde el cirujano, doctor Silva, indica como diagnóstico final: *"Tumoración por reacción a cuerpo extraño T81.5 región glútea I29. Lisis de alerón Iliaco izquierdo."*
- c) Consta el informe médico N° 042-SERV.9ª.OYT.HNERM-

ESSALUD-2001 que indica lo siguiente: "*RESUMEN DE HISTORIA CLÍNICA. Paciente varón de 59 años, operado de una fractura de acetábulo el año 1994. Evolucionando con dolor y una masa tumoral que va aumentando de tamaño en la zona del glúteo izquierdo. Ingresó al hospital el día 20 de Octubre del 2000, con diagnóstico de Neoplasia maligna de la pelvis para la biopsia ósea. Operado el día 31 de Octubre del 2000, se extirpa cuerpo extraño. EXAMEN DE AYUDA AL DIAGNOSTICO. Cuerpo extraño del glúteo izquierdo Código T81.5. PRONOSTICO. Recuperable. FECHA DE ALTA. 02 de Noviembre del 2000. OBSERVACIONES. El día 31 de Octubre del 2000. OBSERVACIONES. El día 31 de Octubre del 2000, se programa biopsia ósea, pero durante el procedimiento quirúrgico se extrajo materia extraña que se envía a Anatomía Patológica, descartándose la posibilidad de neoplasia ósea."*

d) El informe del departamento de patología que indica en el rubro diagnóstico: "1. Material a cuerpo extraño con necrosis (gasa). 2. Tejido Fibro-conjuntivo (cápsula con reacción inflamatoria granulomatosa y células gigantes multinucleadas tipo cuerpo extraño. Muestra acelular: con lo cual se concluye, in concreto que la conducta negligente del médico que operó por primera vez al actor, al dejar una gasa en su cuerpo le ha generado daños a su organismo, ya que le causó dolor y se vio reflejado en la tumoración que se tuvo conocimiento luego de la segunda operación, programada como una biopsia ósea para establecer a qué se debe dicho tumor, que se trataba de una reacción a un cuerpo extraño (gasa), y el factor in abstracto, es de indicar que la conducta de un médico que realizar una mala praxis, como dejar un cuerpo extraño a un paciente, indubitadamente, puede generar daños al organismo de una persona perjudicando su salud.

Respecto a la pericia evaluada en primera instancia autos, y en la cual se basó el juez de primera instancia, debe indicarse que no se ha tenido en cuenta que en ella se indica:

"2.- *En las últimas evaluaciones del paciente se aprecia radiográficamente la ausencia de tejido óseo por osteolisis a nivel de hueso iliaco ocasionado por la tumoración, y que está en proceso de reparación ósea y de buena evolución.*
3.- *El paciente solicita indemnización por secuelas ocasionadas a nivel de cadera y vemos claramente que las lesiones de la tumoración han dejado secuelas en el iliaco y no en la cadera (...)*".

Esto es ratificado en la diligencia de actuación de pruebas al responder la cuarta observación *“La tumoración a nivel de hueso iliaco correspondía a un cuerpo extraño conformado por una gasa estéril cuya lesión a nivel de hueso fue la lisis o necrosis de un área que a la actualidad se ha regenerado y curado”*, con lo cual antes de desvirtuar una lesión acredita una negligencia médica y un daño al organismo del codemandado.

Los hechos invocados han sido encuadrados dentro de lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil, donde, el factor atributivo es subjetivo, lo cual también está establecido en el artículo 36 de la Ley General de Salud N° 26842 que a la letra indica *“Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades”*.

La responsabilidad se da por la conducta imprudente del agente, al haber dejado en el cuerpo del acto un cuerpo extraño que le causo dolor y una tumoración.

Sobre el Quantum Indemnizatorio:

a) Daño patrimonial: El demandante no ha acreditado el monto por los conceptos de daño emergente y lucro cesante, ya que el hecho que no haya podido trabajar por la negligencia denuncia no ha sido acreditado, tanto más, si el actor sufrió un grave accidente que le imposibilitaba realizar su labor cotidiana lo cual le obligaba a realizar otro tipo de labor; sin embargo, indicar que no se puede obviar que pese a que el actor es asegurado en Essalud, ha incurrido en gastos para su tratamiento y que no ha podido generar ingresos para su familia, lo cual tiene que ser resarcido prudentemente.

b) Daño extra-patrimonial, el actor ha invocado daño moral, siendo evidente que la negligencia médica que aconteció, le ha significado una lesión de índole espiritual, psicológico inmaterial que no puede ser reparado en su integridad, pero la legislación civil ha creído conveniente "reparar" dicho sufrimiento de manera económica.

c) Para fijar el Quantum indemnizatorio, debe fijarse de manera equitativa, estando a lo dispuesto por el artículo 1985 Código Civil concordado con el artículo 1332 del citado cuerpo de leyes.

Debemos señalar que en principio consideramos que la demanda debió plantearse como un supuesto de responsabilidad contractual y no extracontractual dado que para que se genere la primera debe acreditarse la existencia de un vínculo previo (el cual no es únicamente generado por un contrato, si no por el incumplimiento de promesas unilaterales), lo cual existió en el presente caso dada la obligación de los médicos al momento de ejecutar su prestación.

En forma general podemos señalar que en el caso de los médicos existen las denominadas obligaciones de medios cuando ésta última se centra en que la actuación del profesional debe ser desarrollada con la diligencia y pericia necesaria para la actividad profesional en cuestión, independiente de que los resultados finales objetivos hayan tenido un resultado positivo o negativo.

No obstante lo mencionado, en el presente caso según lo resuelto por los magistrados los daños alegados por el demandante no fueron acreditados en su totalidad.

En todo caso, si los daños patrimoniales no pudieron acreditarse, se debe resarcir por los daños morales ocasionados según el criterio que los magistrados valoraran dado que lo que sí se acreditó es que de forma negligente se dejó una gasa que generó lesiones en el hueso.

2.3. La Ilícitud o Antijuridicidad

2.3.1. Concepto

El privilegio o subordinación del interés del sujeto dañante tendrá que ser examinado en el juicio de responsabilidad por un criterio denominado *antijuridicidad*.

La calificación de antijurídica del hecho ilícito generador del daño tendrá distintos puntos de enfoque de acuerdo a qué se adopte como objeto del juicio antijurídico.

En ese sentido, en el plano objetivo, se considerará antijurídico los supuestos en que la valoración de la antijuridicidad recaiga sobre elementos totalmente objetivos – externos al agente- del supuesto de hecho condicionante de efectos jurídico. En

cambio, en el plano subjetivo, se tendrá por antijurídico si la valoración recae en los elementos estructuralmente subjetivos -internos del agente- del supuesto de hecho.

En sede nacional TABOADA ha desarrollado el tema de la antijuridicidad a partir de la contravención de una norma prohibitiva, una conducta que transgrede el ordenamiento jurídico totalmente, en cuanto afecta los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico.⁸⁶ Así pues, debe considerarse antijurídico la conducta del sujeto –en sentido abstracto- siempre y cuando vulnere los valores que tutela el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la visión de la afectación del ordenamiento jurídico en sí, lleva a otra clasificación de la antijuridicidad en formal y material. La primera se refiere a lo que se denomina *ilicitud* en términos de *ilegalidad*; en cambio, el segundo se refiere *ilicitud* pero en sentido amplio, es decir, la contravención de la ley, el orden público y las buenas costumbres.⁸⁷

Sobre la distinción que se pretende realizar entre los términos *ilicitud* y *antijuridicidad*, seguimos la postura de Espinoza de preferir el término *ilicitud* “(...) *En efecto, si bien es cierto que lo antijurídico es “lo contrario al Derecho”, para la responsabilidad civil y penal; en materia de acto (o negocio) jurídico, se utilizan parámetros distintos. Así, es jurídico (aunque peque de redundante) “lo que produce efectos jurídicos”. Bajo esta perspectiva, tanto el delito, como el supuesto de responsabilidad civil serían “jurídicos”, en tanto productores de efectos jurídicos. Entonces, en la perspectiva de la responsabilidad civil, un supuesto es “antiju-rídico” (porque es contrario al Derecho) y en la perspectiva del acto (o negocio) jurídico, este mismo supuesto es “jurídico” (porque produce efectos jurídicos). Por ello, prefiero reservar el término *ilicitud* para indicar la contrariedad del acto humano a los valores jurídicos.” (El subrayado es nuestro).⁸⁸*

Finalmente, una vez examinada el tema de la antijuridicidad, y partiendo de nuestra distinción entre los tipos de responsabilidad, debemos decir que en materia de responsabilidad extracontractual rige -en lo que respecta a la antijuridicidad- el criterio de la atipicidad. En cambio, en materia contractual, rige el criterio de la tipicidad.⁸⁹

⁸⁶ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, óp. cit., pp.32.

⁸⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, óp. cit., pp.63.

⁸⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, óp. cit., pp. 87-88. DELL' ANDRO, Renato, óp. cit., 1958, pp.550.

⁸⁹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, óp. cit., pp.31.

2.3.2. Causas de Justificación

Ahora bien, tal cual se ha mencionado el término *iniuria* no debe entenderse en el sentido de *contra ius*, sino más bien en términos de *non iure*, vale decir, de ausencia de un derecho del dañador a la ejecución del acto que ha causado el daño.⁹⁰

Así pues, se establecerán causales de irresponsabilidad, las cuales están reguladas en el Art. 1971⁹¹ del código civil y que a continuación mencionaremos: Ejercicio regular de un derecho, legítima defensa y estado de necesidad.

Hemos indicado que el ordenamiento jurídico privilegia y subordina intereses. Si merced a que dicho ordenamiento ha privilegiando un interés otorgando derechos a una persona, el ejercicio de este derecho aunque perjudique a terceros –siempre y cuando no nos encontremos en un supuesto de abuso de derecho- no dará mérito a la responsabilidad civil.⁹² En ese sentido, los casos de los daños ocasionados en la empresa producto de la huelga debidamente realizada por los trabajadores, o los daños producto de la contaminación sonora de una obra de construcción debidamente autorizada por la municipalidad a los vecinos, no serán pasibles de resarcimiento. De igual manera en caso que un agente público encarcele a un sujeto, o secuestre los bienes por mandato judicial, en ambos casos facultados para ello –y no mediando abuso-, no responderán ni el estado ni ellos ante una eventual demanda de daños y perjuicios.

Luego, en aquellos supuestos en que se cause un daño producto de la defensa de un sujeto ante un peligro constituirá una *legítima defensa* que no dará lugar a configurar la responsabilidad civil. En sede penal⁹³ se entiende como supuesto de legítima defensa cuando: a) Existe agresión ilegítima,⁹⁴ b) Hay necesidad racional del medio

⁹⁰ SCHLESINGER, Piero, *óp. cit.*, p. 53.

⁹¹ Véase el Artículo 1971 CC.

⁹² Supuestos como la huelga debidamente realizada por los trabajadores y el perjuicio en los empresarios, o los ruidos de una construcción debidamente autorizada por la municipalidad y la perturbación que ocasiona en los vecinos, son supuestos que pueden explicar mejor este supuesto.

⁹³ Art. 20. 3 del Código penal. *El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

a) *Agresión ilegítima;*

b) *Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.*

c) *Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.*

⁹⁴ La agresión debe ser intrínsecamente injusta en relación con lo establecido en el ordenamiento jurídico, por lo que la defensa ante dicho agravio será considerada como eximente de responsabilidad. VENCHIARUTTI, A. “La legítima difusa”. En CENDON, Paolo, et.al. *La responsabilità civile. Saggi Critici e Rassegne di Giurisprudenza*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1988, pp.474.

empleado para impedirlo o repelerlo⁹⁵, y, c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

Ahora bien, otro supuesto es el de estado de necesidad el cual se puede definir como el sacrificio de un bien jurídicamente inferior en favor de un bien notoriamente de valor superior. Nuestro código civil señala 1971.3 “*En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado....*” (El subrayado es nuestro).

Dicha causa de justificación está en función a que la norma se dirige a seres humanos, los cuales normalmente se sitúan en una posición media, por lo que no es preciso sancionarlos por no tener un comportamiento *heroico*.⁹⁶

Finalmente, en doctrina se considera como otro supuesto de irresponsabilidad al previo consentimiento del ofendido, sólo en los casos en que la lesión y el consentimiento recaen en situaciones en que el ordenamiento jurídico deja los bienes o derechos lesionados a la libre disponibilidad del titular.⁹⁷

2.4. El Nexo de Causalidad

Nexo viene del latín *nexus* que significa unión lazo⁹⁸ y causalidad significa *causa, origen, principio*,⁹⁹ es decir puede entenderse como el vínculo que existe entre un hecho antecedente y un resultado consecuencia de este.

En términos históricos, podemos encontrar en la mitología del hombre primitivo una forma expresión de la necesidad de justificar y entender el por qué suceden las cosas, si bien de manera precaria, pero con el objetivo de encontrar la *causalidad* de los hechos¹⁰⁰.

⁹⁵ La reacción debe resultar absolutamente necesaria para proteger el derecho amenazado. VENCHIARUTTI, A. La legítima difusa. En: CENDON, Paolo, et.al. La responsabilità civile. Saggi Criti e Rassegne di Giurisprudenza, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1988, pp.474.

⁹⁶ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, op.cit., pp.97.

⁹⁷ DÍEZ - PICAZO, Luis. *Derechos de daños*, op.cit., pp. 304.

⁹⁸ <http://buscon.rae.es/draeI/> visitado el 10.4.2008.

⁹⁹ <http://buscon.rae.es/draeI/> visitado el 10.4.2008.

¹⁰⁰ Posición distinta señala BRUERA el cual señala que en la época primitiva el hombre se encuentra en una etapa prelógica, en la cual encuentra justificación de las cosas en la regularidad que encuentra en ellas, sintetizando esta idea “(...) *el hombre danza en torno a la flecha porque así lo hicieron sus padres y abuelos y piensa que hoy sale el*

Aristóteles inició el llamado causalismo científico a partir de la distinción de la *causa eficiente* -todo ha de ser producido por algo o por alguien-, *causa final* - para algo, *causa material* -de algo- y *causa formal* -con introducción de algo. Así pues se decía “¿Cuál es la causa de que el enfermo sane y se restablezca su salud?” *La aplicación de la teoría de Aristóteles nos dice que la causa eficiente es, aquí, el médico que cura al enfermo; la causa material es el paciente, vale decir, el objeto sobre el que opera; la causa formal, la noción de salud que guía al médico; la causa final, el estado de salud hacia cuyo restablecimiento se dirige el organismo*”.¹⁰¹

Luego, enfocados en lo que se denominó causa eficiente, Galileo la definió como “aquella y no otra debe llamarse causa, a cuya presencia siempre sigue el efecto y a cuya eliminación el efecto desaparece”.¹⁰²

Asimismo, Hobbes, hace la distinción, entre la causa *sine qua non*, causa necesaria, y el complejo de causas suficientes que pueden producir alternadamente el mismo efecto.¹⁰³ En ese sentido dicho autor señala “La causa -dice- pues, de todos los efectos consiste en ciertos accidentes (propiedades) tanto en los agentes como en los pacientes, accidentes tales que cuando están presentes se produce el efecto, pero si alguno de ellos falta el efecto no se produce; y ese accidente, ya sea del agente o del paciente, sin el cual no puede producirse el efecto, se llama causa *sine qua non* o causa necesaria por suposición, así como causa indispensable (requisite cause) para la producción de efectos.”¹⁰⁴

Este planteamiento tendrá como reflejo la teoría de la equivalencia de las condiciones que en el ámbito jurídico se desarrollara a mitad del siglo XIX. Ahora bien, habrá de distinguir el ámbito jurídico del ámbito de los hechos, tomando en consideración que la importancia de los hechos será a partir que el ordenamiento lo determine como tal, por ejemplo cuando se determine la no-imputación del dañante por un supuesto de caso fortuito.

sol porque ayer saliera.” WUNDT. Elemento de psicología de los pueblos. Citado por BRUERA, José Juan. *El concepto filosóficojurídico de causalidad*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, pp.97.

¹⁰¹ BRUERA, José Juan, óp. cit., p.104.

¹⁰² BUNGE, Mario. *La causalidad. El principio de la causalidad en la ciencia moderna*. Buenos Aires: Editorial sudamericana, 1959, pp. 59.

¹⁰³ BUNGE, Mario, óp. cit., pp. 59-60.

¹⁰⁴ HOBBS, Thomas. *Elements of Philosophy* en Woodbridge, F.J.E., Ed. Selections. Citado por: GOLDENBERG, Isidoro H. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1984, pp. 7.

En términos más claros, tal cual se mencionó en los apuntes preliminares, DE CUPIS indicó “*Debemos preocuparnos de averiguar, no ya cuándo el daño pueda decirse producido por un hecho humano según las leyes de la naturaleza, sino más bien cuándo ese daño pueda decirse jurídicamente producido por un hecho humano.*”¹⁰⁵

Por tanto, a través del tiempo, se han ido elaborando distintas teorías las cuáles partían por la verificación del daño, para luego indagar en los hechos cuál(es) fue(ron) el(los) que produjo(eron) dicho menoscabo, a fin de poder determinar que persona(s) - y no otra(s)- deben responder. Estas teorías serán materia de estudio a continuación:

2.5. Fractura del Nexo Causal

Hemos señalado en los apuntes preliminares que en caso se entienda por fractura la acción de romper o quebrantar con violencia algo no existiera propiamente ruptura alguna del nexo causal en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero y hecho de la propia víctima, por lo cual hemos preferido evocar la ausencia de causalidad del sujeto aparentemente responsable.

2.6. Caso Fortuito o Fuerza Mayor

En un inicio con el término caso fortuito se referían a aquellos sucesos los cuales no se vinculaban a actividad alguna del hombre, en cambio, con fuerza mayor se referían a los casos en los cuales los actos humanos tenían incidencia en la producción del daño.

Supuestos del primer caso son por ejemplo las inundaciones, los fenómenos naturales, entre otros. En cambio, supuestos de fuerza mayor, pueden considerarse los actos de la administración pública.¹⁰⁶

¹⁰⁵ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, op.cit., pp.248.

¹⁰⁶ “Un escolar de nueve años de edad estaba jugando al fútbol, durante el recreo, en el patio del colegio público “Sancho Ramírez” (Huesca) cuando un compañero le dio una patada en el ojo derecho, causándole una pérdida de visión irreversible.” SALVADOR CORDECH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan Antonio. *Negligencia, causalidad y responsabilidad objetiva de las administraciones públicas*. Barcelona, www.indret.com, 2002, p.3. Existe ruptura del nexo causal respecto a la administración, e incluso respecto a los docentes encargados toda vez que escapa razonablemente de sus posibilidades poder prevenir daños que puedan producirse merced a un juego socialmente permitido.

En nuestro código civil, en sede contractual, se señala que “Art. 1315.- 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.” (El subrayado y énfasis es nuestro). Y en sede extracontractual “Art. 1972.- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.” (El subrayado y énfasis es nuestro).

Ahora bien, en principio debemos entender que el código asimila el caso fortuito a la fuerza mayor,¹⁰⁷ sin embargo agrega el término causa no imputable en el Art. 1315. En ese sentido, Espinoza señala que los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor deben ser entendidos de manera objetiva, a diferencia de la llamada causa no imputable que debe entenderse en términos subjetivos. Sin embargo, a efectos del código, a partir de una interpretación sistemática en materia de responsabilidad por inexecución de obligaciones, la causa no imputable es el género, y el caso fortuito o fuerza mayor, la especie.¹⁰⁸

Asimismo, el código en materia contractual señala que el evento tiene que tener ciertas características como la *extraordinariedad*, *imprevisibilidad* e la *irresistibilidad*. Somos de la postura que dichos requisitos no necesariamente deben presentarse de manera conjunta, sino que la circunstancia haya sido de tal magnitud que determine la imposibilidad del cumplimiento.

Con extraordinariedad debemos entender *-de forma abstracta-*, de acuerdo con las circunstancias de tiempo y espacio, que el hecho está fuera de control de la esfera económica del sujeto. *Imprevisibilidad*¹⁰⁹ se refiere a que en el momento de celebrado el vínculo no se podían prever los daños. Y, se considera irresistible aquellos supuestos en los cuales el hombre promedio no puede evitar el daño por ningún medio.

¹⁰⁷ Autores como Exner mantienen la distinción entre ambos conceptos a partir de la interioridad o exterioridad del evento en relación con una determinada actividad. Así pues, será caso fortuito todo evento causal que acaezca dentro del ámbito de riesgo de esa actividad, mientras que la fuerza mayor viene definida por el suceso exterior a la misma. REGLERO CAMPOS, Fernando. “El nexos causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y la fuerza mayor. La concurrencia de culpas.” *Tratado de Responsabilidad Civil*. Navarra: Aranzandi, 2002, p.336.

¹⁰⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, óp. cit., p.144.

¹⁰⁹ Por ejemplo: Compró un medicamento hoy y me hace daño de aquí en 10 años. Los daños que acaezcan no serán resarcibles si no se pudo prever eso.

2.7. El Hecho de un Tercero.

La afectación de la víctima en sede contractual o sede extracontractual no necesariamente siempre se producirá por el acreedor o por presunto dañador. En ese sentido, en el primero de los casos cuando un tercero afecte el cumplimiento del vínculo, será eximente de responsabilidad del deudor. Sin embargo, este hecho habilitará al acreedor para solicitar vía extracontractual resarcimiento contra el tercero por la lesión del derecho del crédito.

Ahora bien, si en sede extracontractual se lesiona a un sujeto, y es un tercero el que determina la generación de daño, podrá sostenerse que el supuesto dañante pueda invocar la ruptura del nexo causal a fin de exonerarse de responsabilidad.

2.8. El Hecho de la Propia Víctima

Si la víctima es partícipe de la generación del daño, según el grado de participación puede derivarse en limitación del resarcimiento o en un supuesto de ruptura del nexo causal.

Si una empresa celebra un contrato de obra con una inmobiliaria a fin que se construya un complejo habitacional, y merced al descuido de la empresa contratista no se coloca seguridad para la obras y personas amigas de lo ajeno de se llevan todos los materiales de construcción, lo cual impide la conclusión de la obra en la fecha pactada. Es claro, que en este caso, si los deberes de seguridad eran cargo del acreedor, y producto de su descuido se ve imposibilitada la culminación del trabajo, entonces el deudor quedaría liberado por la ruptura del nexo causal.¹¹⁰

En sede extracontractual, si un sujeto en una autopista –a pesar que tiene puente peatonal- cruza y es embestido por un vehículo, los daños que sufra aquél, en mérito a la situación descrita no deberán ser asumidos por el dañante, dado que la víctima fue la que provocó el accidente mencionado.¹¹¹

¹¹⁰ Artículo 1327.- *El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.*

¹¹¹ En ese sentido, los costos de prevención no sólo deben ser asumidos por el dañante, sino también por la víctima. Por tanto, en la medida que sus costos de prevención sean menores al *standard* establecido, no serán sujetos a responsabilidad civil. MONATERI, Pier Giuseppe. Hipótesis sobre la responsabilidad de nuestro tiempo, cit., p.118.

2.9. Criterios de Imputación

Toda vez que en el juicio de responsabilidad, luego de haberse realizado el análisis material y haberse determinado la existencia del daño vinculado a un hecho, deberá buscarse a alguien que asuma las consecuencias del mismo mediante un juicio de imputación, el cual lo estudiaremos a partir de los costos de prevención.

Así pues, existirá una clasificación que dividirá los criterios de imputación de tipo subjetivo de los de tipo objetivo. En el primero, en términos de MONATERI, ambas partes deberán adoptar costos de prevención, por lo cual existirá inversión por parte del dañante en función de un *standard* de diligencia, debiendo a su vez existir una inversión complementaria por parte de la víctima. En cambio, en el segundo supuesto, dado que sólo una de las partes tiene la posibilidad de invertir en los costos de prevención, será irrelevante la inversión en la prevención que realice la víctima.¹¹²

Ahora bien, en los supuestos de prevención unilateral, en los casos en los que desde una perspectiva sistémica, el Estado desee incentivar actividades, puede invertirse la regla, es decir puede establecerse a la culpa como criterio de imputación. En este sentido, Fernández Cruz ha señalado “*En este contexto, en países no caracterizados precisamente como industrializados llamados eufemísticamente “países en vías de desarrollo”, la culpa, con su función macro sistémica de incentivo de actividades, estará llamada a seguir cumpliendo un rol muy importante y, a veces, superior al que puedan representar los factores atributivos objetivos de la responsabilidad;*”¹¹³ tal es el caso de manejar un auto, y al haberse producido un atropello a un peatón, a pesar de no existir culpa del chofer del auto, si se ha causado daño al peatón, existiría un deber de resarcir, por el hecho de conducir un bien de riesgo.

2.10. Criterios de Imputación Subjetivos.

2.10.1. La Culpa.

Hemos revisado de manera general la evolución de la culpa conjuntamente con el desarrollo de la responsabilidad civil, siendo en algún momento considerada como el

¹¹² MONATERI, Pier Giuseppe. Hipótesis sobre la responsabilidad de nuestro tiempo, cit., pp.121 y ss.

¹¹³ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law*, cit., p.21.

criterio de selección de intereses, partiendo del enfoque del dañante y tomando en consideración sus características particulares -como la libertad de elección para realizar el hecho-, por lo que el costo permanecía en la víctima hasta que no se probara su voluntad de dañar a otro.

Tal como lo mencionamos, con la era de la industrialización, se traslada el enfoque del dañante a la víctima, siendo la culpa un criterio más de imputación. En ese sentido, deja de plantearse a la culpa como antítesis de la diligencia y nacen los supuestos de responsabilidad indirecta, tales como la *culpa in eligendo* (hecho ajeno del empleador); la *culpa in vigilando* (hecho ajeno del responsable del incapaz); y la *culpa in custodiando* (daño ocasionado por animales).

La culpa puede ser percibida como una falta de previsión a propósito de una omisión Vg. supuestos de inacción en deberes de protección, o a propósito de una imprudencia en el actuar Vg. los médicos.¹¹⁴

En doctrina se hace la distinción en función de si el enfoque está en la violación de las normas a partir de un sujeto promedio, o a partir de la situación particular de cada sujeto. Así pues, en el primer supuesto nos encontraremos en el supuesto de la denominada *culpa in abstracto* u *objetiva*; en cambio, en el segundo nos encontraremos frente a la *culpa in concreto* o *subjetiva*.

La culpa *in abstracto* parte de un parámetro de comportamiento establecido por la norma, el cual en doctrina se ha deducido en el *buen padre de familia*.¹¹⁵ En cambio la culpa *in concreto* habrá que poner atención en la naturaleza de las personas, tiempo, lugar a partir de un juicio de reprobabilidad subjetivo.

En el caso de un incapaz que dañe un sujeto merced a utilizar un arma de fuego, si se analiza *in concreto* probablemente se le exima de culpa, pero si se le analiza *in abstracto* probablemente responda.¹¹⁶

¹¹⁴ “(...) Su significado, incluso en materia extracontractual, es omisión de diligencia o imprudencia.” CHIRONI, Giampietro, óp. cit., p.107.

¹¹⁵ Este es tomado como un *standard* el cual marca la línea divisoria entre lo que será materia de resarcimiento y lo que se eximirá de tal. Es decir si el costo de prevención es menor al Standard, estaremos frente a un supuesto de culpa; en sentido contrario, si los costos de prevención de los sujetos que ocasionan el daño son mayores, entonces no serán responsables. MONATERI, Pier Giuseppe. Hipótesis sobre la responsabilidad de nuestro tiempo, cit., p.116.

¹¹⁶ Espinoza sostiene que en el supuesto de culpa *in abstracto* e incluso en el de responsabilidad objetiva, si bien no se considera la conducta particular del agente, el sujeto no respondería por la falta de capacidad del agente dañino toda vez que esta es un *prius* a todo el sistema de responsabilidad civil. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, óp. cit., p.60.

Finalmente, tal como le mencionamos líneas atrás, al parecer el legislador en lo que respecta a la responsabilidad contractual, ha delineado una especie de graduación de culpa: Culpa grave¹¹⁷ o inexcusable y culpa leve.¹¹⁸ En cambio, dicha graduación no existe en sede extracontractual.

2.10.2. Dolo

El dolo es el supuesto en el cual existe la intención del agente dañador de perjudicar a la víctima, por lo cual, el ordenamiento civil debe perseguir la proscripción de dichas conductas mediante desincentivos de las mismas. Es así como en estos supuestos, las funciones de desincentivación de conductas y de punición entran en juego.

Ahora bien, el supuesto de dolo al que nos referimos es distinto al dolo como vicio del consentimiento toda vez que este es merced al engaño al momento de celebrar el negocio y tiene como sanción la anulabilidad.

Asimismo, el dolo en materia contractual y en materia extracontractual parte de supuestos distintos. En el primero, dado que existe un vínculo previo, se enfocará propiamente en el incumplimiento de la obligación asumida. En cambio, el segundo, existe la intención de dañar a un sujeto.

Somos de la postura, toda vez que de por medio está la función sancionatoria, que al resolver el juez por dolo un caso de algún tipo de responsabilidad, esto podría tener efecto directo en la determinación de la obligación resarcitoria.¹¹⁹ Es claro que dicho planteamiento busca más que reparar, en plano sistémico desincentivar conducta y el plano diádica sancionar al dañante.

Finalmente, en caso del dolo en materia extracontractual en nuestro ordenamiento se ha trasladado la carga de la prueba al dañador mediante una presunción de dolo, por lo que se ha criticado en la doctrina dicha norma, proponiendo una interpretación restrictiva. *“(…)Y entonces, para que se entienda mejor, en los casos de difamación, denuncia no fundada, de estafa, abusos de poder y otros ilícitos dolosos, el sujeto que pretende el resarcimiento debería dar la demostración del componente subjetivo*

¹¹⁷ Véase el Artículo 1319 CC.

¹¹⁸ Véase el Artículo 1320 CC.

¹¹⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, óp. cit., p.97.

*porque se trata del elemento constitutivo de la responsabilidad, que en estas hipótesis se consigue sólo si el ilícito es doloso y no se consigue en los casos de mera culpa.*¹²⁰

2.11. Criterios de Imputación Objetivos

A diferencia de los criterios de imputación subjetivos mencionados líneas atrás, los criterios objetivos prescinden –en principio- de evaluar la conducta de los partícipes, atribuyendo responsabilidad a aquél sujeto que ocasionó el daño o que debe asumir el mismo.

Así pues se han desarrollado en doctrina diversas teorías como la teoría del riesgo *cuius commoda eius incommoda* o la teoría de creación o exposición a un peligro. Así pues, si alguna persona realiza una actividad -entendida como secuencia de hechos en el tiempo-, que cree un riesgo o un peligro, debe ser sancionado.¹²¹

Ahora bien, en nuestro código civil se ha recogido estas posiciones en el Art. 1970° *norma de responsabilidad objetiva*: “*Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.*” (El subrayado es nuestro). Sin embargo, en el Art. 1972 señala “*En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.*”

En principio, si se otorga la posibilidad al dañante de eximirse de responsabilidad en ciertos supuestos, no nos encontraremos en un caso propiamente de responsabilidad objetiva dada la prueba que permite liberarse de responsabilidad. En ese sentido, consideramos que en el código sustantivo –así como en la ley 27444- se ha regulado un caso de responsabilidad *semiobjetiva*.

No obstante esto, en doctrina nacional se ha reinterpretado el artículo 1970 a partir del análisis de las capacidades de prevención. Así pues, toda vez que la línea divisoria entre riesgo y exposición al peligro es muy tenue, se ha reconducido a entender a la

¹²⁰ VISINTINI, Giovanna. “La responsabilidad civil extracontractual en el código civil peruano. Comparación con los modelos del civil law”. (Traducción por Yuri Vega Mere). Congreso Internacional Universidad De Lima, *Diez años del Código Civil Peruano. Balance y perspectivas*. Tomo II. Lima, 1994, p.310.

¹²¹ SALVI, Cesare. Voce: “Responsabilità IV. Responsabilità extracontrattuale b. Diritto Vigente”, cit., p.1232.

peligrosidad como la “*carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados.*”¹²²

En esa línea, nos encontraremos frente a supuestos de criterio de imputación objetivo, tal como lo adelantamos, cuando sólo uno de los sujetos es capaz de adoptar las medidas de prevención requeridas para que no suceda el hecho generador del daño.¹²³ Por tanto, si no adopta las medidas de prevención, es responsable.



¹²² FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN HILARIO, Leysser. “Responsabilidad objetiva. Artículo 1970”. En *Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil*. Tomo X. Lima: Gaceta jurídica, 2007, p.93.

¹²³ MONATERI, Pier Giuseppe. Hipótesis sobre la responsabilidad de nuestro tiempo, cit., p.122.

TERCERA SECCIÓN

La Cuantificación de los Daños en Nuestra Jurisprudencia

3.1. Instituto Superior Pedagógico No Estatal “Víctor Andrés Belaunde” vs Llanos (Expediente Nro. 4263-93)

Caso	Instituto Superior Pedagógico No Estatal “Víctor Andrés Belaunde” vs Llanos (Expediente Nro. 4263-93)
Petitorio/Hechos Exp. 4263-93	<p>El Instituto Superior Pedagógico no Estatal “Víctor Andrés Belaunde” interpone demanda en vía ordinaria por daños y perjuicios, daño moral, apropiación ilícita de documentos, abuso de confianza, declaración de mala fe, contra Manuel Alcides Llanos Escudero, a fin de que les abone la suma de US\$100,000.00 Dólares americanos.</p> <p>Sustenta su demanda en que con fecha 14 de Junio de 1990, contrató los servicios del demandado, precisando que a partir del 01 de Febrero de 1991 se hizo cargo de la Sub-Dirección de Formación Profesional y manejaba un ingreso de caja mediante talonario de recibos para cobros a los alumnos, de los cuales no rindió cuenta a pesar de ser requerido, tampoco pidió al Ministerio de Educación autorización para tomar el examen de admisión del año 1991-II, lo que trajo como consecuencia la aplicación de una multa de 40 UIT, no presentó las notas del programa de profesionalización docente de los años 1991 y 1992, pretendió cobrar a los alumnos por gestiones que debían realizar en el Instituto y por otro lado los alumnos lo vieron participando en campañas de publicidad de otro instituto y luego de investigaciones se determino la apropiación ilícita de documentos técnicos pedagógicos de propiedad del instituto accionante, así como sustraer ideas y creaciones propias de la institución.</p>
Fundamentos de la Sentencia en Primera Instancia	<p>Mediante Resolución del 13 de Enero de 1995, el Juez Civil, emite sentencia, declarando Fundada en parte la demanda fijándose la suma de US\$3,000.00 Dólares Americanos, por concepto de indemnización por daños y perjuicios, de acuerdo a los siguientes fundamentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>“...El doctor Fernando de Trazegnies Granda en su obra la Responsabilidad Extracontractual, señala “la víctima se limita a probar el daño y el hecho de que una determinada persona fue causante del mismo; y es el causante quien debe probar la ausencia de culpa de su parte si quiere evitar el pago de una indemnización es una presunción IURIS TANTUM generalizada de culpa; todo causante es de primera intención culpable”;</i> - <i>“...Que, el daño económico padecido por el Instituto demandante está acreditado en la confesión personal del empleado Manuel Alcides Llanos Escudero de fojas ochentinueve a noventisiete, respondiendo a la pregunta nueve del pliego interrogatorio de fojas ochenticuatro a ochentiocho, que junto a otras causas como uso indebido del logotipo del Instituto y el desempeño de funciones en forma simultánea por la directora motivaron la imposición de una multa de cuarenta unidades impositivas tributarias; de otro lado también por expresiones del demandado al formular las preguntas cuarta y décimo novena del pliego interrogatorio de fojas 74 admite haber sido Sub-Director de formación profesional del Instituto accionante corroborado con la respuesta dada por el testigo don Bejamin Teofilo Vega Urquiza a la novena pregunta así como a la primera repregunta dada a fojas 161 lo que fomalmente contradice lo vertido en su confesión</i>

	<p>personal de fojas 89 a 92 y continuada a fojas 94 y 97 contestando la pregunta sexta del pliego de fojas 84 a 88”</p> <ul style="list-style-type: none"> - “..Que se advierte de lo actuado que el demandante, al contratar los servicios del emplazado Manuel Alcides Llanos Escudero, no actuo como un “Bonus Pater Familia, por lo que ha incurrido en culpa in iligendo, conforme al artículo 1981 del Código Civil...” - “... El Quantum Respondeatur deberá ser el resultado de una justa, equitativa y prudencial compulsa de la real y verdadera cuantía del daño que debe ser indemnizado; Que, también se deberá tener presente la conducta procesal del demandado faltando a los deberes de lealtad, probidad, veracidad y buena fe contenidas en el Artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues existe clara contradicción entre lo confesado de fojas 89 a 97 respondiendo a las preguntas 34, 37 y 38 del pliego de folios 84 a 88 y lo respondido a la pregunta 12, lo mismo que las respuesta a la pregunta 19 y repregunta cuarta, con lo expresado en el escrito del emplazado de fijas 247”; “...Que, para las testimoniales válidamente actuadas debe considerarse lo dispuesto en el artículo 490 del Código Adjetivo; Que, las demás pruebas actuadas y no glosadas no enervan los fundamentos expuestos y estando a lo normado en los artículos 1969 y 1985 del Código Civil e inciso 5° del numeral 139 de la Constitución Política del Estado...”; - “...FALLO: declarando fundada la tacha contra el testigo Luis Alberto Cuya Huapaya e infundada la tacha contra la testigo Yanet Maritza Ayala Oriundo; fundada la tacha de los documentos formulados por los demandados Manuel Alcides Llanos Escudero en su escrito de folios 69 a 81; infundada la reconvenición formulada por el demandado en su escrito de fojas 20 a 25 y, fundada en parte la demanda de fojas 5 a 8 en el extremo del daño económico, fijándose la suma de US\$3,000.00 dólares americanos o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar de pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios que don Manuel Alcides Llanos Escudero deberá abonar al Instituto demandante, mas intereses legales con costas...”
<p>Fundamentos de la Sentencia en Vista</p>	<p>Mediante Resolución de fecha 24 de Mayo de 1995, La Sala Civil, emite sentencia de vista, fundamentando su decisión en lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> — “...En tanto, si se tratara de responsabilidad extracontractual el descargo por falta de dolo o culpa incumbiría al demandado, conforme al artículo 1969 del ordenamiento sustantivo en mención, y en cuanto tratándose de responsabilidad contractual, toca al accionante la carga de la prueba, por la aplicación de la regla del procedimiento contenido en el artículo 337 del Código de Procedimientos Civiles”. “...Que, en tal contexto, el Instituto actor no ha acreditado el daño que reclama, toda vez que la multa que aduce le fue impuesta por omisiones del demandado, más bien se debió a infracciones de su propia Directora, como es de verse de la Resolución Directoral N° 2017-91-ED, de 4 de diciembre de 1991, obrante a fojas 297, sin que este aserto pueda variar por la respuesta del demandado a la 9ª pregunta de su confesión de fojas 89, con arreglo al interrogatorio de fojas 84, que además de no haber probado daño alguno, el Instituto actor tampoco acreditado ninguna otra responsabilidad del demandado, en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales”; — “...el informe de fojas 177, no traduce conducta alguna del demandado, tanto más que se complementa con los recibos no impugnados de fojas 144 a 246; y que tampoco es del caso de atribuir al demandado el incumplimiento del deber impuesto por el numeral octavo de la ley Orgánica del Poder Judicial, desde que su aludida confesión es coherente y guarda relación con su punto de vista y con las probanzas actuadas” — “...CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas 265, 13 de enero último, en cuanto infundada la reconvenición planteada a fojas 20 por don Manuel Alcides Llanos Escudero, entendiéndose que es improcedente; y la REVOCARON en el extremo que declara fundada en parte la demanda incoada a fojas 5 por el Instituto Superior Pedagógico no Estatal “Victor Andrés Belaunde”, la DECLARARON INFUNDADA en todas sus partes; y los devolvieron, entre líneas con el acompañado; corre...”

Comentario:

En el presente caso, nos encontramos ante una pretensión indemnizatoria de un supuesto daño por parte del demandado, quien había laborado en el Instituto Superior Pedagógico no Estatal “Victor Andrés Belaunde”, incumpliendo no solo una serie de obligaciones como profesor de dicha institución, sino que se le acusa de haber sustraído información confidencial y comercial del referido instituto para provecho propio, considerando que estaba laborando para un instituto de la competencia de manera paralela y sin comunicarlo al demandante.

El instituto demandante solicita una indemnización de US\$ 100,000,00; no obstante el Juzgador en primera instancia, solamente otorgó la suma de US\$ 3,000,00. Del análisis de la sentencia de primera instancia, podemos ver que el Juzgador ha dado un peso probatorio a las declaraciones testimoniales que acreditaban el incumplimiento por parte del demandado de sus obligaciones, así como las contradicciones en que habría incurrido el demandado al momento de realizar su declaración de parte, en virtud de los pliegos interrogatorios presentados por la parte accionante, que consideramos, no es suficiente sustento como para otorgar la indemnización, la misma que ha sido fijada, según el juez, de manera “justa, equitativa y prudencial”.

No obstante ello, no vemos mayor análisis respecto a la valoración de dichos medios probatorios, ni tampoco hemos podido advertir la justificación para otorgar una indemnización de US\$ 3,000.00 observando una ausencia de análisis exhaustivo y falta de motivación para sustentar el monto de la indemnización otorgada, sin embargo, conforme se advierte de la sentencia de vista, se resuelve revocar dicha sentencia, sustentándose en el Artículo 1979 del Código Civil, advirtiendo que el Instituto no ha acreditado el daño que reclama.

Se advierte del análisis de las resoluciones que los juzgadores otorgan indemnizaciones a partir de un carácter subjetivo y una “valoración equitativa” de los daños que se puedan haber ocasionado, no encontrando nuevamente elementos objetivos para determinar no solo la procedencia de la indemnización, que debería ser producto de un análisis exhaustivo de la acreditación del daño y asimismo, de actividad probatoria, así como de los demás elementos de la responsabilidad civil, sino que tampoco encontramos justificaciones objetivas para poder entender en base a qué se otorga un determinado monto indemnizatorio.

Se advierte de la sentencia de vista, que Revocan el extremo que declara fundada en parte la demanda y la declararon INFUNDADA en todos sus extremos, fundamentando su decisión en el Artículo 1979 del Código Civil, que precisa que tratándose de responsabilidad contractual, toca al accionante la carga de la prueba, y aplicación del reglamento del procedimiento contenido en el Artículo 337 del Código de Procedimientos Civiles, que en este contexto, advierte que el Instituto no ha acreditado el daño que reclama, toda vez que la multa que aduce fue impuesta por omisiones del demandado, más bien se debió a infracciones de su propia directora, asimismo, precisa que tampoco se ha probado daño alguno; en este caso, el Juez para otorgar el monto indemnizatorio de \$3,000.00 Dólares Americanos, ha valorado solamente la declaración testimonial de Benjamin Teofilo Vega Urquizo.

El porcentaje de la indemnización otorgada en primera instancia, en relación con la indemnización solicitada es del 3%.

3.2. **Gómez vs Centro Médico Porta S.A (Expediente Nro. 10745-0-0100-CI-48)**

Caso	Gómez vs Centro Médico Porta S.A (Expediente Nro. 10745-0-0100-CI-48)
<p>Petitorio</p> <p>Hechos</p>	<p>Ada Gómez López y Edith Gonzales Lemes, interponen demanda de Acumulación Subjetiva de Pretensiones de Rescisión de Contrato por Incumplimiento y Pago de Daños y Perjuicios ascendente a la suma de US\$50 000,00 en vía de conocimiento contra el Centro Médico Porta S.A.</p> <p>Que, con fecha 23 de Febrero de 1995 celebraron un Contrato de Prestación de Servicios de Salud en su condición de médicos bajo la denominación "El Laboratorio" con el referido centro médico; que la demandada no ha dado cumplimiento a las obligaciones emanadas del Contrato en relación a la Cláusula tercera y cuarta del contrato, sobre honorarios profesionales.</p> <p>Que, las demandadas han ejecutado los cobros a las Empresas por los servicios prestados por las recurrentes, cobranza que debió haber sido efectuado a su favor.</p> <p>Que entregaron a la demanda la suma de US\$4,000.00 por concepto de cuota de ingreso para laborar por el periodo estipulado en el contrato, el mismo que tenía una duración de cinco años renovables, pudiendo ser rescindido previo acuerdo entre ambas partes con una anticipación no menor de treinta días y no siendo viable su prosecución.</p> <p>Que la demandada ha trasgredido las cláusulas del Contrato ya que ha ejecutado hechos que hacen inejecutable la realización del convenio al haber retirado el mobiliario, el servicio telefónico, el agua y demás servicios básicos, llegando incluso a colocar un laboratorio paralelo y ellas no recibían muestras ni pacientes hace más de cuatro meses, que el único pago que han recibido de la demandada fue la suma de S/.531.00 Nuevos Soles, adeudándoles por concepto de análisis clínicos la suma de S/.2,099.00 Nuevos Soles, que la emplazada ha recibido el 20% de sus pacientes privados, ha incumplido con remitir a los pacientes, no ha pagado los servicios de laboratorio, les ha retenido sus honorarios profesionales.</p>

<p>Sustento de la Sentencia de Primera Instancia</p>	<p>El juzgado de primera instancia, fundamenta su decisión de acuerdo a lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> — "...La Demanda persigue la Rescisión de Contrato por Incumplimiento de Pago y además una suma de dinero ascendente US\$50,000.00 Dólares americanos...". "...Que, como es de verse del contrato de Prestación de Servicios de Salud de fojas 4 de fecha 23 de febrero de 1998, celebrado entre la demandada Centro Médico Porta Sociedad Anónima, denominadas el Centro Médico y las demandantes denominadas el Laboratorio, mediante el cual el referido Centro Médico se comprometía derivar al Laboratorio pacientes para su atención en su nombre acordando que el Centro Médico pagaría al Laboratorio un porcentaje del valor que cobró el Centro Médico al paciente de acuerdo a una escala establecida en la cláusula tercera del contrato de cinco años renovables, pudiendo ser rescindido por acuerdo de las partes; que asimismo con la copia del recibo de fojas 9 de fecha 06 de Marzo de 1998 se acredita que las demandantes dieron por concepto de ingreso en el Centro Médico Porta la suma de US\$4,000.00 Dólares Americanos.." — "...Que si bien las actoras demandan la rescisión de Contrato de Prestación de Servicios de Salud debe entenderse la misma como una Resolución de Contrato a tenor del artículo 1371° de Código Civil ya que el hecho en que basan su pretensión de que se resuelva el contrato es por incumplimiento de pago, lo que implica causal sobre-veniente a su celebración. Que, como se acredita con la copia certificada de la constatación policial de fojas 7 de fecha 28 de noviembre de 1995 efectuada por la delegación policial de Miraflores, y del Acta de Constatación Notarial de Fojas 8 de fecha 5 de setiembre de 1995..." — "... respecto al otro extremo del pago de la suma de US\$50,000.00 Dólares Americanos por concepto de daños y perjuicios debe ampararse en parte, y que el cumplimiento por parte de la demandada en la prestación que le correspondía y al haberle recortado a las actoras el uso de los servicios que le venían brindando es evidente que le ha ocasionado perjuicios, lo que si bien es cierto, no ha sido acreditado debidamente a cuanto asciende los mismos este juzgado deberá fijárselo de manera prudencial a tenor de los artículos 1332°, 1429 y 1979 de Código Civil; que las demás pruebas actuadas en la audiencia de fojas 70 y no glosadas no modifican los considerandos precedentes, por cuyas razones y en aplicación de los dispositivos legales antes glosados; FALLO: declarando FUNDADA en parte la demanda de fojas 10 debidamente subsanada a fojas 19, y en consecuencia resuelto el contrato de prestación de servicios de salud celebrado entre las partes con fecha 23 de febrero de 1995, debiendo la parte demandada devolver a las actoras la suma de US\$4,000.00 Dólares Americanos recibido por concepto de cuota de ingreso; y abonarle por todo concepto indemnizatorio la suma de US\$5,000.00 Dólares Americanos, mas intereses legales; con costas y costos..."
<p>Sustento de la Sentencia Vista</p>	<p>Mediante Resolución de fecha 29 de Agosto de 1997, se emite sentencia de vista, de acuerdo a los siguientes fundamentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> — "...El monto de la indemnización reclamada debe fijarse prudencialmente y en moneda nacional; CONFIRMARON en parte la sentencia apelada, obrante a fojas 69, su fecha 26 de Diciembre de 1996, que declara fundada en parte la demanda y, en consecuencia, resuelto el contrato de prestación de servicios de salud celebrado entre las partes con fecha 23 de febrero de 1995, debiendo la parte demandada devolver a las actoras la suma de US\$4,000.00 Dólares Americanos recibido por cuota de ingreso; la REVOCARON en cuanto ordena abonar a la parte actora como indemnización la suma de US\$5,000.00 REFORMANDOLA en este extremo FIJARON como monto de la indemnización la suma de S/ 15,000.00 Nuevos Soles, con lo que contiene; y los devolvieron, en los seguidos por Ada Gómez López y otra con Centro Médico Porta Sociedad Anónima, sobre resolución de contrato..."

Comentario:

Respecto a la sentencia de primera instancia, nuevamente podemos visualizar que existe una cuantificación respecto a la indemnización, sin medios probatorios que la acrediten. En efecto, luego que el juzgado confirma que la demandada no ha acreditado haber cumplido con la prestación que le correspondía, esto es, el deber de derivar pacientes a las demandantes, y que tampoco ha acreditado haberle abonado el

porcentaje que les correspondía por la atención de éstos, declara que hay una responsabilidad por parte de la demandada. Siendo ello así, el juzgado procede con cuantificar los daños y perjuicios ocasionados.

Es así que el juez señala que resulta evidente que el demandado le ha ocasionado daños y perjuicios a la demandante, lo que si bien es cierto no ha sido probado a cuánto ascienden los mismos, por lo que determina que el Juzgado debe fijarlos “prudencialmente”, a tener de lo establecido en los artículos 1332, 1429 y 1969 del Código Civil, declarando que los daños y perjuicios ascienden a US\$ 5 000,00 Dólares Americanos.

Como se puede apreciar, el juez se coloca en un primer escenario, que indica que: no hay medio probatorio que acredite el daño y en segundo escenario: determinó que existió responsabilidad por parte del causante. Ante ello, el juez fijó un monto indemnizatorio dependiendo de los daños que el estimo conveniente (factor subjetivo).

En el presente caso, el juez para cuantificar los daños que, si bien es cierto, existieron, según la sentencia; sin embargo, no se han podido acreditar en base a medios probatorios contundentes, no obstante ello, vemos nuevamente que no queda, claro cuáles fueron los factores que llevaron al juez a determinar que el monto de la indemnización cuantificada sea US\$ 5 000,00. Dólares Americanos, valoración que hace en base a un criterio subjetivo, que a criterio del juzgador resulte justo para poder indemnizar al sujeto que ha sufrido el daño

El porcentaje de la indemnización otorgada en relación con la indemnización solicitada es del 10%.

3.3. Carreño vs. Tong (Expediente Nro.12600-97)

Caso	Carreño vs. Tong (Expediente Nro.12600-97)
Petitorio y Hechos	<p>Don Rómulo Carreño Robles, en vía abreviada, interpone demanda contra don Francisco Tong CHIok, para que en términos de acumulación originaria de la forma accesoria, cumpla con devolver una suma líquida por inejecución de obligación de hacer, ascendente a \$1,200 Dólares Americanos y S/. 468.00 Nuevos Soles; mas intereses costas y costos y al pago de una indemnización por Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual, equivalente a \$7,200 Dólares Americanos, o su equivalente en moneda nacional a la fecha y lugar de pago.</p> <p>Funda su demanda en el hecho de haber tomado los servicios del demandado en su calidad de abogado, el 21.02.1992, habiendo confiado para que efectuó gestiones administrativas por ante la Municipalidad de Lima Metropolitana para la obtención de una resolución para el cambio de zonificación de residencial a comercial, del</p>

	<p>inmueble ubicado en Pablo Usandizaga 517 San Borja, así como efectuó la transferencia de la propiedad del número de teléfono 512299 en la ciudades Huánuco, y pago de alcabala por transferencia de su departamento en esa ciudad, habiéndole efectuado sumas de dinero por honorarios profesionales y gastos de ejecución</p>
<p>Sustento de la Sentencia en Primera Instancia</p>	<p>Sustento de la sentencia en primera instancia:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>“...Al haberse aplicado el principio de unidad y comunidad de la prueba, cumpliendo con la obligación que establece el Artículo 197 del CPC, que dispone que el análisis integral y conjunto de las pruebas sentenciadas y admitidas a las partes, y habiéndose las cuestiones de hecho probados arreglado a las previsiones normativas establecidas en términos sistemáticos en el Artículo 150 inciso 3º 1152º, 1318º y 1321 del Código Civil, que tienen contemplado que al haberse obligado a la ejecución de un hecho a cumplir la prestación en el plazo y modo pactados, el acreedor está facultado a dejar sin efecto la obligación, pudiendo exigir el pago de la indemnización que corresponda, siendo atribuible el incumplimiento de las obligaciones enumeradas como componente de locaciones de servicios profesionales, la ocurrencia del dolo, por no haberse ejecutado la obligación en forma deliberada, correspondiendo el resarcimiento por daño emergente y lucro cesante...”</i> - <i>“... Que, estando a lo expuesto precedentemente, el Juzgador forma convicción que la demanda es amparable, debiendo corresponder la restitución de las sumas de dinero abonadas a favor del demandado, equivalentes a 1,200 dólares, y de S/. 468.00 por inejecución de obligación de hacer y en lo concerniente a la pretensión de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual, en las acepciones en el que de daño emergente y lucro cesante pese a verificarse que corresponde el pago de indemnizatorio, no obstante ello el accionante no ha acreditado en forma indubitable ni fehaciente las expectativas económicas frustradas, tan solo se ha reproducido el daño material que irrogado la generación de la relación contractual; además de ello, su pretensión ha sido señalado en dólares americanos pese a que a uniforme jurisprudencia se tiene establecido que al haberse contraído una relación contractual, en que se ha pactado su suma líquida en moneda nacional, no puede derivarse una reclamación en moneda distinta a nuestro signo monetario, siendo así, prudencialmente, este Despacho determina que por daño emergente, corresponde el pago de la suma de S/. 5,000.00 nuevos soles...”</i>
<p>Sustento en la Sentencia de Segunda Instancia.</p>	<p>La sentencia de vista, sustenta su decisión, en lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>“...en el caso de autos el actor no ha acreditado con prueba alguna que los daños y perjuicios hayan sido del orden de los \$7,200 dólares americanos por lo que conviene fijar su monto con valoración equitativa; por estas consideraciones, revocaron en el extremo que ordena pagar la suma de S/. 5,000 por indemnización de daños y perjuicios y reformándola ordenaron que el demandado abone al demandante la suma de S/. 2,000 nuevos soles con lo demás que contiene y es materia de grado, en los seguidos por Rómulo Carreño Robles con Francisco Tong Chiok, sobre inejecución de obligaciones</i>

Comentario:

Del análisis del expediente, vemos que los argumentos de la demandada y el monto solicitado, no están motivado las razones por las cuales fija dicho monto limitándose a solicitar una indemnización por el monto de US\$ 7,200.00 en razón a que la oferta de alquileres de locales comerciales en la zona donde está ubicado el inmueble, fluctúa entre los 200 y 250 dólares americanos.

Lo antes citado es toda la argumentación que presenta el demandante, sin detallar el análisis de cómo ha llegado a concluir que ha sufrido dicho daño, sin hacer una mención si se han cumplido con los elementos de configuración de la responsabilidad civil, y no solo ello, se puede visualizar de la demanda, el señor Carreño tampoco ha explicado cómo ha llegado a dicho monto como concepto de indemnización, ni

tampoco ha ofrecido medio probatorio que se encuentre relacionado a la pretensión indemnizatoria.

Como se puede apreciar del expediente, la pretensión indemnizatoria está directamente relacionada al primer punto, pues señala que, dado que no se pudo dar el cambio de zonificación de residencial a comercial del inmueble ubicado en el distrito de San Borja, no ha podido obtener una renta del mismo a través de alquileres que en la zona fluctúan entre los 200 y 250 dólares americanos.

Ahora bien, pese a dichas carencias en la argumentación presentada por el demandante respecto a la pretensión indemnizatoria, la cual hay que diferenciar de las pretensiones restitutorias por la inejecución de obligaciones por culpa del deudor, el Juzgador, si bien reconoce que existe material probatorio para amparar la restitución de las sumas de dinero abonadas por el demandante, lo cual consideramos sí se encuentra acreditado con comprobantes de pago, señala textualmente que el accionante no ha acreditado en forma indubitable ni fehaciente las expectativas económicas frustradas, siendo que tan solo se habría acreditado un daño material derivado de la relación contractual.

El Juez de Primera Instancia sustenta su decisión en base a la normativa establecida en el Artículo 1150 inciso 3, 1152, 1318 y 1321 del Código Civil, que tiene contemplado, que al haberse, el obligado a la ejecución de un hecho, a cumplir la prestación en el plazo y modo pactados, el acreedor está facultado a dejar sin efecto la obligación, pudiendo exigir el pago de la indemnización que corresponda, siendo atribuible el incumplimiento de las obligaciones enumeradas como componentes de locación de servicios profesionales, la ocurrencia de dolo, por no haberse ejecutado la obligación en forma deliberada, correspondiendo el resarcimiento por daño emergente y lucro cesante.

La sentencia precisa, que el juzgador forma convicción que la demanda es amparable, correspondiendo la restitución de las suma de dinero abonadas a favor del demandado, equivalente a \$1,200 y S/. 468.00 por inejecución de la obligación, y en lo concerniente a la pretensión por indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual en las acepciones en el que de daño emergente y lucro cesante, pese a verificarse que corresponde el pago indemnizatorio, precisa que, no obstante a ello, el accionante no ha acreditó en forma indubitable ni fehacientemente

las expectativas económicas frustradas, tan solo se ha reproducido el daño material irrogado con la generación de la relación contractual.

Se menciona en dicha sentencia que, a pesar que el juzgador señala que el daño no ha sido acreditado, y que por ende no cabría amparar una pretensión indemnizatoria, determina que existe un daño emergente, correspondiendo un pago de S/. 5 000,00 a favor del demandante. No hemos encontrado a lo largo de toda la sentencia una justificación y motivación válida para que el juzgador llegue a esta conclusión, la cual incluso sería abiertamente contradictoria con la premisa anterior referida a que no se ha acreditado que exista un daño cierto.

La referida sentencia fue apelada por el demandado, lo que generó que Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia se pronunciara sobre el particular. En dicha revisión, la Sala señaló que no se ha acreditado con prueba alguna que los daños y perjuicios hayan sido del orden de los US\$ 7,200.00 por lo que conviene fijar su monto con valorización equitativa. En tal sentido, la Sala revoca la decisión del Juzgado de otorgar una indemnización de S/. 5,000.00 y ordena pagar una indemnización de S/./2,000.00 Nuevos Soles.

Al respecto, la sentencia de la Sala advierte que incumplimiento de obligaciones da lugar a la indemnización correspondiente de acuerdo al Artículo 1152º de Código Civil, disposición que debe concordarse con el Artículo 1321 y 1329 de la misma norma y por la cual se presume que cuando el actor no ha acreditado la existencia de dolo o culpa inexcusable en el incumplimiento de la obligación, este obedece a culpa leve del deudor. Asimismo, refiere que de acuerdo al Artículo 1331 del mismo Código, la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado con el incumplimiento, indicando que en el presente caso el actor no ha acreditado que los daños y perjuicios asciendan a US\$7,200.00 y que por tanto, conviene fijar su monto con “**valoración equitativa**”, revocando el extremo que ordena pagar la suma de S/. 5,000.00 por indemnización de daños y perjuicios, ordenando que el demandado abone al demandante la suma de S/. 2,000.00 por indemnización de daños y perjuicios, sin establecer los criterios de valoración para otorgar dicho monto indemnizatorio.

Que, no se ha podido advertir un análisis para determinar y cuantificar una indemnización el monto de la indemnización otorgada en la suma de de S/. 2,000.00, no obstante sí hacen mención a la palabra “valoración equitativa”. Es en virtud de esta

valoración que hace la Sala, según este criterio subjetivo, que se encuentra en la posibilidad de poder fijar montos que, a su criterio, les resulten justos para poder indemnizar al sujeto que ha sufrido un daño que si bien no se ha podido probar fehacientemente, se puede inferir por los hechos que lo ha sufrido.

No obstante, de las sentencias analizadas se puede evidenciar que no existe un criterio valorativo, o analítico de las pruebas ofrecidas, que pueda deducir que ha habido una motivación justificada y razonada para fijar determinado monto indemnizatorio.

El porcentaje de la indemnización otorgada en relación con la indemnización solicitada es del 9.25%.

3.4. Caso: Rafael Manco Cazorla vs Jaime Herbozo de la Cruz

Caso	Rafael Manco Cazorla vs Jaime Herbozo de la Cruz
Petitorio/Hechos	<p>Rafael Manco Cazorla interpone demanda de Resolución de Contrato, Compensación Equitativa por Uso de bien e Indemnización por Daños y Perjuicios, contra Jaime Herbozo de la Cruz, a fin de que se deje sin efecto el Contrato de Compra Venta de fecha 12 de mayo de 1993 que celebrara con el demandado referida a la venta del vehículo marca Dodge año 1986 de Placa de rodaje Nro. UP-2286, así también, que cumpla con pagarle la suma de US\$8,000.00 Dólares Americanos, por el uso del vehículo desde la fecha de su entrega el 12 de Mayo de 1993 al 22 de Marzo de 1994, fecha esta última en la que fue devuelta, así como una indemnización no menor de Us\$10,000,00 Dólares Americanos, por los daños y perjuicios.</p> <p>Señala el demandado que celebró un contrato de Compra Venta de fecha 12 de Mayo de 1993, por la cual le hizo entrega del vehículo de su propiedad con Placa de Rodaje Nro. UP-2286, pactándose como precio la suma de US\$18,000 que debía cancelarse de la siguiente forma: US\$5,000 a la firma del contrato, una letra de cambio de 30 días por US\$1,000 y 80 letras de cambio, por el valor de US\$150.00 Dólares Americanos, con vencimiento cada siete días, a partir del 24 de Mayo de 1993, que el demandado abonó la suma de US\$7,400.00 Dólares Americanos, y en vista de no poder cumplir con la cancelación del vehículo, con fecha 22 de Marzo de 1994 hizo entrega del ómnibus totalmente deteriorado y en mal estado físico mecánico, conviniéndose en forma verbal que la suma entregada de US\$7,400.00 quedarían como resarcimiento por el deterioro, y daños y perjuicios.</p>
Fundamentos de la Sentencia en Primera Instancia	<p>Fundamentos de la sentencia en primera instancia:</p> <ul style="list-style-type: none"> — <i>"...Conforme se desprende del contrato de venta garantizada obrante de fojas 2 su fecha 12 de mayo de 1993 se acredita la existencia contractual entre las partes, mediante la cual la vendedora se compromete a transferir el vehículo de placa de rodaje número UP-2283, por el precio de US\$18,000.00 venta que se efectuó a plazos..." "...el incumplimiento de un contrato de venta de un bien hace responsable al deudor de los daños y perjuicios que se hayan irrogado al vendedor además de la rescisión de la venta, como lo dispone el artículo 1321 del Código Civil..." "...conforme lo dispone el artículo 1563 del Código Sustantivo, la resolución del contrato por incumplimiento del comprador da lugar a que el vendedor devuelva lo recibido, teniendo derecho de una compensación equitativa por el uso del bien y la indemnización de los daños y perjuicios, salvo pacto en contrario..." "...no se ha probado fehacientemente cuales son los daños causado al actor y a cuánto ascienden estos, por cuanto no existe ni se ha solicitado la actuación de pericia valorativa alguna para establecer el quantum indemnizatorio, por lo que tal extremo deberá desestimarse, máxime si se tiene en cuenta que el vendedora ha recuperado el bien objeto de contrato;</i> — <i>"...Por los considerandos glosados precedentemente; y estando a tenor de lo dispuesto por el artículo 1561 del Código Civil; FALLO : declarando FUNDADA en parte la demandada fojas 8 a 10 subsanada a fojas 18, en consecuencia de declara ; resuelto el contrato de compra –venta de fojas 2 su fecha 12 de mayo de 1993;</i>

	<p>y en cuanto a la compensación por el uso del bien ordeno que de la suma pagada se deduzca la cantidad de US\$6,000.00 dólares americanos, devolviéndose el saldo al comprador Jaime Herbozo de la Cruz, e INFUNDADA la demanda en el extremo de la indemnización, sin costas ni costos.."</p>
<p>Fundamentos de la Sentencia en Vista</p>	<p>Mediante Resolución Nro. 06 de fecha 26 de Septiembre de 1997, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, fundamenta su decisión, de acuerdo a lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - "...Que en el caso de autos, la sentencia materia de grado, ha sido apelada solo por la parte demandante, de manera que siendo esto así, este Colegiado debe pronunciarse únicamente respecto de los extremos del monto de compensación y la indemnización.." "...respecto a la compensación debe señalarse que el extremo ha sido analizado por el a quo con los documentos presentados por el accionante y su monto a sido fijado prudencialmente.." "... sobre el extremo de la indemnización, debe anotarse que esta consiste en el resarcimiento del daño producido en el patrimonio del perjudicado por la inejecución de la obligación a cargo del deudor; que en el caso de autos el documento de fojas 3 adjuntado al escrito de la demanda, por el contenido del mismo, debe tomarse como un documento de carácter referencial, por cuanto no acredita plenamente la pretensión del demandante de manera que en este extremo debe estarse a lo preceptuado por los artículos 1321,1331 y 1332 de Código Civil y fijarse el monto en moneda extranjera dado que la obligación proviene de un contrato pactado en dólares americanos". - "... REVOCARON la sentencia apelada de fojas 75, su fecha 10 de enero de 1997, en cuanto declara infundada la demanda en el extremo de la indemnización, sin costas ni costos: REFORMANDOLA en estos extremos: declararon FUNDADA la demanda en el extremo que peticiona indemnización por daños y perjuicios; DISPUSIERON que el demandado Jaime Herbozo de la Cruz pague al demandante Rafael Marco Cazorla la suma de US\$500.00 dólares americanos, con costas y costos; CONFIRMARON la propia sentencia en lo demás que contiene; y los devolvieron; en los seguidos por Rafael Marco Cazorla con Jaime Herbozo de la Cruz, sobre resolución de contrato..."

Comentario:

En la referida sentencia de primera instancia, el Juez, a través de los medios probatorios ofrecidos, concluye que se ha acreditado que los demandados han cancelado la suma de US\$ 7,400.00 por el precio pactado por la venta del vehículo transferido, no obstante señala que no se ha acreditado la fecha de entrega del vehículo ni el estado en que fue recibido.

Que, Juez, sustenta su decisión, haciendo referencia al Artículo 1573 del Código Sustantivo, que establece que la Resolución del Contrato, en caso de Incumplimiento del comprador, da lugar a que el Vendedor devuelva lo recibido, teniendo derecho a una compensación por los daños y perjuicios, salvo pacto en contrario, no obstante a ello, refiere que no se ha probado fehacientemente cuales son los daños causados al actor y a cuando ascienden estos, por cuanto no existe ni se ha solicitado la actuación de la pericia valorativa alguna para establecer el quantum indemnizatorio, por tanto, desestiman dicho extremo, resolviendo declarar infundada la demanda en el extremo de la indemnización.

Es en segunda instancia la Sala procede a Revocar la sentencia de primera instancia y se pronuncia respecto a la cuantificación de la indemnización solicitada. Resulta curioso la argumentación y motivación realizada por la Sala, dado que señala que:

“(…) sobre el extremo de la indemnización (…) no acredita plenamente la pretensión del demandante de manera que en este extremo debe estarse a lo preceptuado por los artículos 1321, 1331 y 1332 del Código Civil y fijarse el monto en moneda extranjera, dado que la obligación proviene de un contrato pactado en dólares americanos.” Luego de ello, la Sala revocó la sentencia apelada y dispone que el demandado pague al demandante la suma de US\$ 500,00.

No se puede apreciar en la sustentación y motivación de la decisión de la Sala cómo ha llegado a cuantificar dicho monto, ni tampoco se puede visualizar las motivaciones por las cuales revoco la sentencia apelada, advirtiéndose una vez más, la valoración que hace del monto indemnizatorio en base a un criterio subjetivo y sin mayor análisis.

El porcentaje de la indemnización otorgada en relación con la indemnización solicitada es del 5%.

3.5. *Caso Auto Tops S.R.L.con Cotecna Inspeccion S.A*

Caso	Caso Auto Tops S.R.L.con Cotecna Inspeccion S.A.
Petitorio/Hechos	<p>Autos Tops Sociedad Anónima, interpone demanda en vía de conocimiento contra Cotecna Inspeccion (Perú) S.A., a fin que le ordene el pago de US\$250,000.00 Dólares Americanos, por concepto de Daños y Perjuicios.</p> <p>Cotecna Inspeccion S.A. Persona Jurídica que cuenta con la autorización de las autoridades peruanas para desempeñarse como empresa verificadora de operaciones de importación de depósito de mercancías con la finalidad de determinar la base imponible sobre la cual se calcularan los tributos que grava la importación y la demandante es una persona jurídica que se dedica a la importación de vehículos usados.</p> <p>La demandante contrata los servicios de la demandada para que este realizara la inspección de los vehículos adquiridos, comunicándoles el 03 de enero la intención de que esta realice la inspección de los vehículos que adquirirían a partir del 04 de Enero, habiéndole presentado su solicitud de inspección para los vehículos y que era voluntad de la demandante de embarcarlos el día 09 o 15 de Enero de 1996, y que existían vapores en esas fechas donde podían ser embarcados.</p> <p>Que por responsabilidad exclusiva de la demandada, no se han efectuado las inspecciones en las fecha indicadas, y habiéndose publicado el Decreto de Urgencia Nro. 004-96, de fecha 23 de Enero de 1996, que establecía la suspensión de la importación de toda clase de vehículos usados de transporte terrestre, y no se le otorgó el certificado de inspección, máxime que sus unidades fueron adquiridas con anterioridad, habiendo frustrado iniciar cualquier acción legal contra las autoridades peruanas en el supuesto caso de no haberlos dejado ingresar sus unidades que fueron adquiridos con anterioridad a la dación de la norma.</p>
Fundamentos de la Sentencia en Primera Instancia	<p>Fundamentos en que se sustenta la sentencia de primera instancia:</p> <p>— <i>“... Que, del análisis de los hechos expuestos se aprecia que la solicitud de inspección no se realizó teniendo en cuenta lo dispuesto en el decreto legislativo N° 659, Decreto Supremo N° 265-91-EF y Decreto Supremo 38-92-EF por las siguientes razones : a) Al momento de solicitarse la inspección del 4 de enero no se especificó claramente el número de vehículos a ser inspeccionados, pues se habla de compras posteriores que podrían llegar hasta 70 unidades móviles, no se determina el día en que probablemente se realizaría el embarque, solo se dice que la inspección es requerida para el 09 de enero; b). Posteriormente se señala que</i></p>

	<p>son 35 las unidades móviles a inspeccionar, adjuntando los documentos adicionales para tal efecto, sin embargo en dicha oportunidad si señala cuando se realizaría el embarque, sin embargo, tal hecho se realizaría antes del plazo previsto en el artículo tercero del Decreto del Decreto Supremo 265-91-EF; c). Del mismo modo con relación a la carta del 11 de enero, en ella se vuelve a modificar el número de vehículos a inspeccionar (este hecho justifica el posible incumplimiento de la demanda pues en este caso el número de vehículos se reduce)”</p> <ul style="list-style-type: none"> — “..Que, en consecuencia del tenor de los hechos descritos, se desprende que la demandante no puede imputar responsabilidad a la demandada pues aquella al no cumplir con las formalidades y con los previstos en las normas sobre la materia no se encuentra en posición de exigir el cumplimiento de la obligación de cargo de la empresa supervisora sino hasta el 19 de enero (se ha llegado a esta fecha teniendo en consideración la información proporcionada por la demandante respecto de los bienes a inspeccionar, la cual estuvo completa el 07 de enero, razón por la cual contando 10 días hábiles, la inspección podrá efectuarse en cualquier momento dentro del plazo mínimo establecido; empero a esa fecha en el puerto de Toga, Philadelphia solo se pudieron encontrar 9 de los 30 vehículos materia de la inspección es así que la empresa supervisora se vio impedida de verificar la mercadería hasta que ésta no se encontrara en su totalidad en el puerto y es por ello que recién se posibilita una nueva coordinación el 26 de enero”; — “...de lo expuesto se desprende que la mercadería no se pudo encontrar en su totalidad en el puerto de Toga, Philadelphia antes de la Dación del Decreto de Urgencia N° 05-96, tal como se pretende acreditar con la copia certificada del conocimiento de embarque (Bill of Lading) que corre a fojas 20 a 21, puesto que de ser así ello se contradice con la comunicación de la demandante, dirigida a la demandada, requiriendo como mínimo el 23 de enero, para que se efectuó la inspección de la mercadería..”; — “...El nexo causal es la relación causa-efecto que existe entre la conducta que se reprocha y el resultado dañino; también en este caso existen determinados supuestos que pueden eximir de responsabilidad al agente del hecho reprochado, y que éstos son denominados doctrinariamente “ fracturas al nexo causal” y son tres: caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero y determinante de la víctima; Doctrina y jurisprudencialmente también se consideran fracturas al nexo causal al acto o hecho del príncipe y al acto de Dios; finalmente en todo supuesto de responsabilidad debe existir algún factor de atribución, los cuales pueden ser subjetivo u objetivos, dependiendo si nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual” — Que, en consecuencia habiéndose acreditado que los vehículos usados de la empresa actora no se encontraban en tránsito al Perú, ni tenían la calidad de limpio a bordo, la empresa verificadora se encontraba impedida de emitir el certificado de inspección correspondiente al amparo de lo dispuesto por la SUNAD mediante oficio N °164-96-ADUANAS/INFA.12.0.2.03 del 25 de enero de 1996; por cuanto de autos se ha verificado que el lote de vehículos recién se completó con posterioridad a la expedición del Decreto de Urgencia antes citado; — Que, dada la prohibición establecida mediante el oficio descrito en el considerando precedente, la empresa supervisora se ha visto impedida de cumplir con el procedimiento iniciado, no pudiendo de este modo emitir el certificado de inspección a los importadores de vehículos que no se encuentren comprendidos dentro de los alcances del artículo segundo del tantas veces mencionado decreto de urgencia; ante este hecho, la imposibilidad de cumplir con un deber de prestación causada por una norma se le denomina en Doctrina “acto o hecho príncipe” y que al desarrollar el concepto de nexo causal..” “... de otro lado, tampoco se ha acreditado el factor de atribución subjetivo a que se hace alusión la parte actora, cual es la conducta dolosa del demandado” “...el artículo 1318 del Código Civil define que procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación, en el caso de autos el demandando no ejecutó su obligación por el “hecho del príncipe” en este caso por prohibición expresa de la SUNAD...” — “... al no haberse probado el factor de atribución alegado en la demanda, el dolo y al haberse fracturado el nexo causal, no puede establecerse un supuesto de responsabilidad que deba ser reparado con la indemnización correspondiente a la magnitud del daño causado, razón por la cual no puede ampararse la presente pretensión...” “... siendo esto así, y que las demás pruebas aportadas en el presente proceso, no modifican ni enervan las consideraciones precedentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 318, 1316, 1969, 1970 y 1971 del Código Civil, Decreto Legislativo 659, Decreto Supremo 265-91-EF y Decreto de Urgencia 005-96, administrando justicia a nombre de la Nación: FALLO declarando INFUNDADA la demanda interpuesta de fijas 32 al 38, con costas”.
<p>Fundamentos de la Sentencia en Vista</p>	<p>Sustento de la sentencia de vista:</p> <ul style="list-style-type: none"> - “...COTECNA INSPECTION (PERU) SOCIEDADA ANONIMA, manifiesta que aceptó la solicitud de la empresa demandante en su calidad de empresa supervisora y de control de importación a pesar de no

	<p>haberse establecido la fecha de embarque, con lo cual queda demostrado la existencia de una relación contractual entre ambas partes...”</p> <ul style="list-style-type: none"> - “...que, de lo precedentemente expuesto resulta que la firma demandada incumplió con la prestación a que se obligó al no supervisar los 09 automóviles que encontró el día 19 de enero, pese a que tuvo la posibilidad de hacerlo al haber encontrado su supervisor los 09 vehículos que estaban listos para la inspección, tal como lo expresa en el punto 10 de su contestación a la demanda...”; — “... el hecho de no inspeccionar los 09 vehículos determinó que los mismo no hayan podido ser exportados dada la posterior prohibición de exportación de vehículos usados con la dación del Decreto de Urgencia N° 005-96 del 22 de enero de 1996, situación que ha ocasionado daño económico a la empresa demandante” “...la inactividad de la empresa demandada al no cumplir con la prestación a su cargo (inspeccionar los 09 vehículos encontrados) encuadra dentro del supuesto establecido del artículo1318 de Código Civil.” “...el artículo1321 de citado código dispone que 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 ejecución...” — “...Al no haber probado la empresa demandante el monto exacto por resarcimiento del daño, el mismo debe ser fijado prudentemente considerando los gastos que le produjo el almacenaje en el Puerto del Callao por los 09 vehículos en diferencia a los de su reembarque con destino a Iquique-Chile (junto con los otros vehículos de los que forman parte según fojas 31) y 996, obrantes de fojas 256 a 262, que declara infundada la demanda, REFORMANDOLA declararon FUNDADA en parte la demanda interpuesta; en consecuencia ORDENARON que COTECNA INSPECTION (PERÚ) SOCIEDAD ANONIMA cumpla con pagar a AUTO TOP SOCIEDAD ANONIMA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA la suma de US\$40,000.00 dólares americanos más interés legales; con costas y costos; en los seguidos por Auto Top Sociedad Anónima de Responsabilidad Limitada con Cotecna Inspection (Perú) Sociedad Anónima, sobre indemnización de daños y perjuicios; y los devolvieron...”
--	--

Comentario:

Se advierte que la sentencia en primera instancia, sustenta su decisión, en que no se ha probado el factor de atribución alegado en la demanda, el dolo y al haberse fracturado el nexo causal, no puede establecerse un supuesto de responsabilidad que deba ser reparado con la indemnización correspondiente a la magnitud del daño causado, por lo que precisa que no puede ampararse la demanda.

En el presente caso, no analizaremos la sentencia de primera instancia dado que declara infundada la demanda indemnizatoria por parte de los demandantes; no obstante si resulta ilustrativo pronunciarnos respecto a la decisión de la Sala, quien revocó la sentencia en primera instancia, y ordenó el pago de una indemnización de US\$40 000,00.

La decisión de la Sala parte del supuesto que la demandada incumplió con la prestación a que se obligó al no supervisar los 9 automóviles que encontró el 19 de enero, pese a que tuvo la posibilidad de hacerlo. A partir de esta atribución de responsabilidad, es que la Sala señala textualmente lo siguiente: “que, al no haber probado la empresa demandante el monto exacto por resarcimiento del daño, el mismo debe ser fijado prudentemente considerando los gastos que le produjo el

almacenaje en el Puerto del Callao por los nueve vehículos en referencia y los de su reembarque con destino a Iquique – Chile (junto con los otros vehículos de los que forma parte según fojas treinta y uno) y, asimismo, las circunstancias en que se produjeron (...). Es así que la Sala determina un monto de indemnización de US\$ 40 000,00.

La sentencia de vista, hace referencia al Artículo 1318¹²⁴ precisando, que en el caso de autos, no se ha determinado el monto exacto del resarcimiento del daño, por lo que este debe ser fijado de manera “prudente” considerando los gastos que le produjo el almacenaje en el puerto del Callao por los 9 vehículos, y los de su reembarque con destino a Equique –Chile; por tanto la Sala, declara fundada en parte la demanda, ordenando el pago de \$40,000.00 por Indemnización de Daños y Perjuicios.

En la presente resolución el Juez para determinar el quantum, expresa que si bien existieron dichos daños, sin embargo, no se ha acreditado en base a medios probatorios objetivos, no obstante ello, vemos nuevamente que no queda claro cuáles fueron los factores que llevaron al juez a determinar que la indemnización estaría cuantificada por el monto de us\$40,000.00.

El porcentaje de la indemnización otorgada en relación con la indemnización solicitada es del 16%.

3.6. *Caso: Carrillo e Hijos SRL y la Asociación de Vivienda Santa Mary.*

Caso	Caso: Carrillo e Hijos SRL y la Asociación de Vivienda Santa Mary
Petitorio/Hechos	<p>Carrillo e Hijos SRL, representada por Florentino Montes Corral interpone demanda de cumplimiento de contrato, pago de dólares e indemnización contra la Asociación de Vivienda Santa Mary y a su Presidente señor Miguel Magallanes Almeida, a fin de que cumpla en su integridad con el Contrato de fecha 08.07.92, sobre Ejecución de obra, para la Electrificación de 249 Lotes de propiedad de la demandada, así como el pago de US\$37,738.70 Nuevos Soles y se les indemnice por el monto de US\$50,000.00 Dólares Americanos.</p> <p>Que, por el contrato citado se vincularon con la demanda, pero que el mismo fue unilateralmente suspendido y que el problema estuvo fundamentalmente relacionado a la negligencia que desde determinado momento mostró la emplazada en poner en orden su documentación (reconocimiento de junta directiva) a fin de que electrolima aceptara y diera el pase correspondiente para la ejecución de las obras, las mismas que por otro lado y aún con ese impase y para demostrar la buena fe la actora se empezó el proyecto aprobado por Resolución de Electrolima 292-91-A-ELM, y los problemas se agudizaron después con el cambio de directiva, la demandada niega y contradice la demandada, y al reconvenir lo hace por resolución de</p>

¹²⁴ Véase Artículo 1318 CC.

	<p>contrato, pago de soles e indemnización, indicando que el Contrato no tiene fecha de suscripción, y que el mismo no fue celebrado por el Ing. Carrillo Salas y el que allí aparece Montos Corrales, no tenía poder suficiente, asimismo indica que quien hizo todos los trámites ante Electrolima, aportó dólares y mano de obra fue la Asociación y lo único que hizo la emplazante fue llevar unos postes deteriorados y que todo el AFA fue pagado por la Asociación.</p>
<p>Fundamentos de la Sentencia en Primera Instancia</p>	<p>Mediante Resolución de fecha 28 de Febrero de 1997, se emite sentencia, sustentando decisión en lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>“...Que, toda la indemnización debe valorarse elementos como lucro cesante, daño emergente y todos aquellos aspectos que ocasionen detrimento a alguna de la partes que en este caso la suspensión de la obra claramente ha perjudicado a la parte actora en razón de las posibles rencillas de las Juntas Directivas de la asociación, pero un Estado de Derecho no puede permitir tales situaciones que vulneran el principio de la Seguridad Contractual. En lo relativo a la Resolución del Contrato no puede ser alegada por la misma parte que ha ocasionado la suspensión de las obras ya que prácticamente importaría una forma de exigirse de aquello a lo que está Jurídicamente obligado e importaría sustentar un derecho en su propio incumplimiento...” “...Que, por lo que toca a la indemnización mal puede ser alegada por la parte que ha incurrido en el incumplimiento del contrato por lo que en aplicación a los Artículos 1351, 1352, 1361, 1362, 1426, 1428, 1219, 1220 y 1229 del Código Civil y los Artículos 475 y siguientes del Código Procesal Civil, FALLO: declarando FUNDADA la demanda de fojas 34 que en extremo de cumplimiento de contrato y consecuentemente del pago de lo US\$9,587.00 Dólares por concepto de materiales; INFUNDADA en el extremo de los S/. 3,241.28 soles por concepto de mutuo y FUNDADA en el extremo de la indemnización la que fijo en la suma de US\$20,000.00 Dólares Americanos; asimismo declaro INFUNDADA la reconvenión en todos sus extremos, mas costos y costas...”</i>
<p>Fundamentos de la Sentencia en Vista</p>	<p>Sustento de la Sentencia de vista:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>“... Que el monto de la indemnización debe fijarse con criterio prudencial conforme al artículo 1332 del Código Civil; y en moneda nacional no obstante que la obligación principal se pactó en moneda extranjera..”. “...Que, los fundamentos esgrimidos en el recuso de apelación no desvirtúan los considerandos contenidos en la sentencia impugnada CONFIRMARON la sentencia apelada a fojas 433 a 435 su fecha 28 de febrero del año en curso, que declara FUNDADA la demanda a fojas 34 en el extremo de cumplimiento del contrato y como consecuencia ordena el pago de US\$9,587.00 por concepto de materiales, INFUNDADA en cuanto solicita el pago de S/. 3,241.28 soles por concepto de mutuo y FUNDADA en parte dicha demanda en cuanto señala una suma de dinero por concepto de indemnización; la REVOCARON en el monto y el signo monetario el que fijaron en S/. 20,000.00 nuevos soles, la CONFIRMARON asimismo en la parte que declara INFUNDADA la reconvenión en todos sus extremos, con lo demás que contiene y los devolvieron.</i>

Comentario:

En el presente caso, el juez para cuantificar el daño no precisa cuáles fueron los factores que llevaron al juez de primera instancia a determinar que la indemnización estaría cuantificada por el monto de \$20,000.00.

Asimismo, la sentencia de vista se limita a precisar de manera subjetiva que la indemnización debe fijarse de manera “prudencial” conforme al Art. 1332 del Código Civil, y sin mayor análisis revoca el extremo del monto y signo de la indemnización en la suma de S/. 20,000.00, fijadas en base a criterios subjetivos, y sin mayor análisis.

El porcentaje de la indemnización otorgada en relación con la indemnización solicitada es del 13%.

3.7. Caso: Santiago Cano Alva con Marco Antonio Rodriguez Carranza.

<p>Caso</p>	<p>Caso: Santiago Cano Alva con Marco Antonio Rodriguez Carranza</p>
<p>Petitorio/Hechos</p>	<p>Que, don Santiago Cano Alva y Yolanda María Rojas de Cano interponen demanda de Resolución de Contrato de alquiler por incumplimiento de pago, así como una Indemnización por daños y perjuicios por la suma de US\$8,000.00 Dólares Americanos, costos, costas e intereses de Ley contra don Marco Antonio Rodriguez Carranza.</p> <p>Manifiesta que con fecha 26 de Julio de 1993, celebro contrato Privado de Alquiler Venta del Vehículo marca Volkswagen de Placa de Rodaje GQ-5086 con el Señor Marco Rodríguez Carranza, comprometiéndose éste último a pagar una merced conductiva de US\$20 Dólares Americanos diarios desde el 26 de Julio de 1993 hasta el 06 de Octubre de 1994, mas una cuota inicial de US\$600.00 Dólares Americanos, en forma exacta y puntual, pero que el demandado ha incumplido sus obligaciones contractuales y no ha abonado en forma puntual al merced conductiva, siendo el precio del vehículo US\$9,300.00 de los que el pretendido solo ha abonado US\$3,415.00 Dólares Americanos</p> <p>La cláusula décimo sexta señala que al termino del mencionado contrato el mismo será canjeado por el de compra venta notarial de transferencia del vehículo, para lo cual el demandante debe cumplir una serie de estipulaciones, fijándose el precio de la cosa en la cláusula tercera mediante el pago de una merced conductiva y una cuota inicial, corroborándose ello con la carta notarial obrante a fojas nueve dirigida por los propios pretensores en que ellos aplican el artículo 1561 del código civil referido a la resolución del contrato de compra venta, cuando el precio deba pagarse por armadas, es decir en el presente caso la denominada merced conductiva.</p>
<p>Fundamentos de la Sentencia en Primera Instancia</p>	<p>Sustento de la sentencia en primera instancia:</p> <p>— "...al tratarse de un acto de disposición sobre un bien social era necesario para celebrar el contrato de alquiler -venta contar con poder especial de cónyuge; que, de la revisión de autos no se advierte que se haya conferido poder alguno por parte de la co-demandante Yolanda María Rojas de Con Alva que de merito suficiente para amparar la presente demanda en cuanto a la validez del contrato se refiere y que ello no puede ser susceptible de confirmación o ratificación con un acto procesal como lo es la interposición de la demanda por ambos cónyuges por tanto la presente demanda debe desestimarse puesto que el contrato materia de resolución no cumple con las condiciones necesarias para su validez, que es requisito previo para poder determinar su eficiencia vía la resolución citada; que en igual sentido la pretensión indemnizatoria deviene en infundada, estando a su accesoriidad, y a que la misma se sustenta en el perjuicio ocasionado por el alegado incumplimiento puntual del pago estipulado y no habiendo sido ello materia de dilucidación en la presente causa por incluirse que se trata de un contrato que no reúne las condiciones necesarias para su validez, por ende no podría ampararse su pretensión indemnizatoria; por lo que, estando a los fundamentos dispuestos y dispositivos glosados, así como a los artículos 188, 196 y 197 del Código Procesal Civil, valorando los hechos y pruebas con apreciación razonada y administrando justicia a nombre de la Nación; declarando INFUNDADA la demanda interpuesta por Santiago Alva y otra contra Marco Antonio Rodríguez Carranza sobre la resolución de contrato e indemnización por daños y perjuicios, con costos y costas..."</p>
<p>Fundamentos de la Sentencia en Vista</p>	<p>Sustento de la sentencia de vista:</p> <p>— "...El propietario de comprometió al finalizar el contrato a transferir la propiedad del vehículo, con lo que si bien el compromiso importa un acto de disposición, el mismo no se daba hasta el cumplimiento del contrato y que en este caso, no obstante no intervenir la esposa del accionante en el contrato, su convencimiento tácito se sobreentiende al haber ella misma adquirido el vehículo y por el hecho mismo de haber interpuesto la demanda. Que en todo caso, sobre la validez o no del contrato en un hecho que al haber sido invocado por el demandado, no puede el juzgador invocarlo, si, en todo caso, el comportamiento procesal de la esposa del accionante hace presumir de haber tenido conocimiento del contrato, por lo que si ello lo hubiere perjudicado le competía invocar su invalidez y no al juzgador en su propio perjuicio." "...Que estando a la calidad de rebelde del demandado, y a las pruebas aportadas que forman convicción de lo precisado en la demanda, ésta debe ser amparado; siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 1318, 1321, 1361, 1362 y 1669 del Código Civil; REVOCARON la sentencia de fojas 94 a 97, su fecha 13 de marzo del año en curso, que declara infundada la demanda interpuesta por Santiago Cano Alva y Yolanda María Rojas contra Marco</p>

	<p><i>Antonio Rodríguez Carranza; REFORMANDOLA: declararon fundada la demanda de fojas 11 a 16, ampliada de fojas 18 a 22; en consecuencia; resuelto el contrato de fojas 5, debiendo el demandado cumplir con la entrega del vehículo arrendado; FIJARON la suma de US\$3,000.00 dólares americanos por concepto de daños y perjuicios, con intereses legales a partir de la fecha de la demanda, mas costos y costas; y los devolvieron..."</i></p>
--	--

Comentario

El juez de primera instancia sustenta su decisión, en que la pretensión indemnizatoria deviene en infundada, estando a su accesoriadad y que la misma se sustenta en el perjuicio ocasionado por el alegado incumplimiento puntual del pago estipulado y no habiendo sido ello materia de dilucidación en el proceso por la conclusión de que se trata de un contrato que no reúne las condiciones necesarias para su validez, por tanto, no podría ampararse la pretensión indemnizatoria, la misma que es declarada INFUNDADA.

La Sala fundamenta su decisión, en que el hecho que la esposa del accionante no interviene en el contrato, su consentimiento se sobreentiende al haber ella misma adquirido el vehículo y por el hecho mismo de haber interpuesto la demanda, sobre la validez del contrato o no es un hecho que al no haber sido invocado por el demandado, estado a la calidad de rebelde, el juzgado no puede invocarlo, amparando la demanda principal, no sustentando ni analizando sobre el extraño de la indemnización, en la parte considerativa, sin embargo, revocan la sentencia que declara infundada la demanda y reformándola, declararon fundada la demanda que declara resuelto el contrato y fijaron la suma de \$3000 por concepto de daños y perjuicios.

Se aprecia de la sentencia de vista, que una vez más **que no queda claro cuáles fueron los factores que llevaron al juez a determinar que la indemnización estaría cuantificada por el monto de us\$3,000.00.**

El porcentaje de la indemnización otorgada en relación con la indemnización solicitada es del 37.5%.

3.8. Caso: Ludwig Essenwanger Sánchez con Arturo Barrón Arana.

<p>Caso</p>	<p>Caso: Ludwig Essenwanger Sánchez con Arturo Barrón Arana</p>
<p>Petitorio/Hechos Expediente Nro. 1977-97, 10º Juzgado Civil de Lima</p>	<p>Fundamentos de la Sentencia en Primera Instancia:</p> <p>Don Ludwig Essenwanger Sánchez, interpone demanda, en vía de proceso de conocimiento, contra don Arturo Barrón Arana y doña Elsa Siucho de Barrón, para que judicialmente se declare la Resolución del Contrato de Compra Venta, la Restitución de los bienes inmuebles materia de la Compra Venta celebrado el 21 de Julio de 1993, y se le otorgue una indemnización de US\$11,360.00 Dólares Americanos, por concepto de Daños y Perjuicios que incluye inejecución de Obligaciones, perdida de medidor de luz eléctrica, lucro cesante, daño emergente, costas, costos, y los intereses devengados.</p> <p>Manifiesta que en el mes de Octubre de 1990, los demandados vienen ocupando los bienes inmuebles de los cuales es apoderado, ubicado en el Distrito de Pachacamac, Villa Poeta José Gálvez, Manzana sesenta y nueve, Lote Nro. 9 y Manzana 69, Lote Nro. 10, siendo este último de propiedad únicamente de José Antonio Essenwanger Vásquez Solís y el anterior de los nombrados en la primera parte de su demanda, los que fueron entregados bajo promesa verbal de compra venta por el precio de US\$10,000 Dólares Americanos por el lote Nro.9, mas la obligación de asumir las cargas pendientes de consumo de energía eléctrica, agua y arbitrios municipales;</p> <p>Que ante la imposibilidad de poder cumplir con la obligación contraída los demandados ofrecieron pagar por cierto tiempo intereses de doscientos dólares americanos por el lote 10 y por el lote nueve un interés de cuatro por ciento (4%) que el 21 de Julio de 1993, las partes acordaron formalizar su relación contracción a través de un contrato de promesa de compra venta, sin haber tenido hasta esa fecha ningún tipo de problemas con el pago de los intereses; que con fecha 03 de Diciembre de 1993, les curso carta notarial a los demandados, dando cumplimiento a la ultima parte de la cláusula quinta del contrato privado en cuestión donde se acuerdo que con la sola comunicación notarial se resuelve el contrato.</p>
<p>Fundamentos de la Sentencia en Primera Instancia</p>	<p>Sustento de la Sentencia en Primera Instancia.</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>"...Que, de la pericia evacuada en autos, así como las razones que motivaron su actuación, devienen irrelevantes puesto que en el proceso ha quedado establecido que los dos lotes vendidos, uno (lote nueve) ya ha sido cancelado y el otro (lote 10) aun no lo ha sido, hecho expresado por ambas partes a lo largo de todo el proceso; primando por tanto la situación real de los hechos..."</i> - <i>"...Que en consecuencia, la pretensión de los actores, solo resulta viable en relación al lote diez, y siendo ellos así, para los efectos de la indemnización por daños y perjuicios debe considerarse como referencia los documentos de fojas 83, 85 y 87 presentados por Edelnor, Sedapal y el Municipio de Pachacamac, respectivamente; por estos fundamentos, en aplicación de los Artículos 1428 y 1429 de Código Civil, y de los artículos 188, 197 y 478 de Código Procesal Civil; FALLO: declarando FUNDADA en parte de demanda de fojas 35 a 41 y en consecuencia se declara resuelto el contrato celebrado por José Antonio Essenwanger Vásquez -Solís con los co-demandados, respecto al lote N° 10, manzana 69 de Villa Poeta José Gálvez del Distrito de Pachacamac, debiendo los demandados restituir el citado bien y pagar la suma de US\$2000.00 dólares americanos por concepto de daños y perjuicios; e infundada la demanda en relación al contrato celebrado por las partes en relacional Lote N° 9, manzana 69, de Villa Poeta José Galvéz, Distrito de Pachacamac, sin costas ni costos..."</i>
<p>Fundamentos de la Sentencia en Vista</p>	<p>Fundamentos de la Sentencia de Vista emitida mediante Resolución de fecha 18 de Junio de 1996, por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>"... que , si bien es cierto, la presente acción versa sobre responsabilidad dividida de la inejecución de un contrato en el que se había pactado en dólares americanos, el precio del bien vendido, también lo es, que los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de aquel contrato deban fijarse en nuevos soles dado que solo procede señalar el pago de una indemnización en moneda extranjera cuando se pacte expresamente en ese sentido o de la propia naturaleza de la obligación incumplida así se desprenda..."</i> - <i>"...Que, para efectos de fijar una indemnización prudencial y justa debe tenerse en cuenta no solo el tiempo transcurrido del incumplimiento sino los gastos de servicios públicos no cubiertos por los demandados, cuyos recibos obran a fojas 83, 85 y 87 por estos fundamentos CONFIRMARON la sentencia de fojas 157 a 162 su fecha 13 de noviembre de 1995, en el extremo que declara fundada en parte la demanda a fojas 35 a 41 y en consecuencia se declara resuelto el contrato celebrado por José Antonio Essenwanger Vásquez -Solís con los co-demandados; respecto al lote N° 10, manzana 69 de Villa Poeta José Gálvez del Distrito de Pachacamac debiendo los demandado restituir el citado bien; REVOCARON en el extremo que manda pagar la suma de US\$2,000.00 dólares americanos por concepto de daños y perjuicios REFORMANDO en este extremo; MANDARON pagar a los demandados por concepto de daños y perjuicios la suma de S/. 15,000.00 nuevos soles confirmaron la propia sentencia en los demás que contiene y es materia del presente grado los devolvieron"</i>

Comentario:

Que, de la sentencia en primera instancia, para efectos de la indemnización de daños y perjuicios, considera como referencia los documentos presentados por Edelnor, Sedapal, y el Municipio de Pachacamac, sin sustentar ni analizar dichos medios probatorios, ni precisar el criterio utilizado para fijar el monto de la indemnización en la suma de US\$2,000.00.

Asímismo, la Sala al emitir su decisión indica que para efectos de fijar una indemnización prudencial y justa debe tenerse en cuenta no solo el tiempo transcurrido del incumplimiento, sino los costos de servicios públicos no cubiertos por los demandados cuyos recibos obran en el expediente, por lo que bajo este sustento pobre de análisis, resuelven revocar el monto de la indemnización de \$2 000,00 a S/.15 000,00 Nuevos Soles.

Se puede advertir, tanto de la sentencia de primera y segunda instancia, **vemos nuevamente que no queda claro cuáles fueron los factores que les llevaron a determinar el monto de la indemnización, fijándolos solo en base a criterios subjetivos y sin mayor análisis.**

El porcentaje de la indemnización otorgada en relación con la indemnización solicitada es del 44%.

3.9. Cuadro comparativo de los montos solicitados por las partes, sobre indemnizaciones y montos otorgados por las Cortes.

Cuadro Nro. 01

	PARTES	MONTO DEL PETITORIO	MONTO OTORGADO	%
Caso 1	Instituto Superior Pedagógico No Estatal "Victor Andrés Belaunde" vs Llanos (Expediente Nro. 4263-93)	\$100,000.00	\$3,000.00 ¹²⁵	3%
Caso 2	Caso Gómez vs Centro Médico Porta S.A. (Expediente	\$50,000.00	S/.15,000.00	10%

¹²⁵ Monto otorgado en Primera Instancia.

	Nro. 10745-0-0100-CI-48)		(equivalente a \$5,000.00)	
Caso 3	Carreño vs Tong (Expediente Nro. 12600-97)	\$7,200.00	S/. 2,000.00 (equivlente a \$666.67)	9.25 %
Caso 4	Rafael Manco Carzola vs Jaime Herbozo de la Cruz	\$10,000.00	\$500.00	5%
Caso 5	Auto Tops S.R.L vs COTECNA Inspection S.A.	\$250,000.00	\$40,000.00	16%
Caso 6	Carrillo e Hijos SRL con Asociación de Vivienda Santa Mary.	\$ 50,000.00	S/.20,000.00 (equivalente a \$6,666.67)	13%
Caso 7	Santiago Cano Alva con Marco Antonio Rodriguez Carranza.	\$ 8,000.00	\$ 3,000.00	37.5%
Caso 8	Ludwing Essenwaneer Sanchez vs Arturo	\$11,360.00	S/.15,000.00 (equivalente a \$5,000.00)	44%

➤ Según el cuadro Nro. 01, podemos concluir lo siguiente:

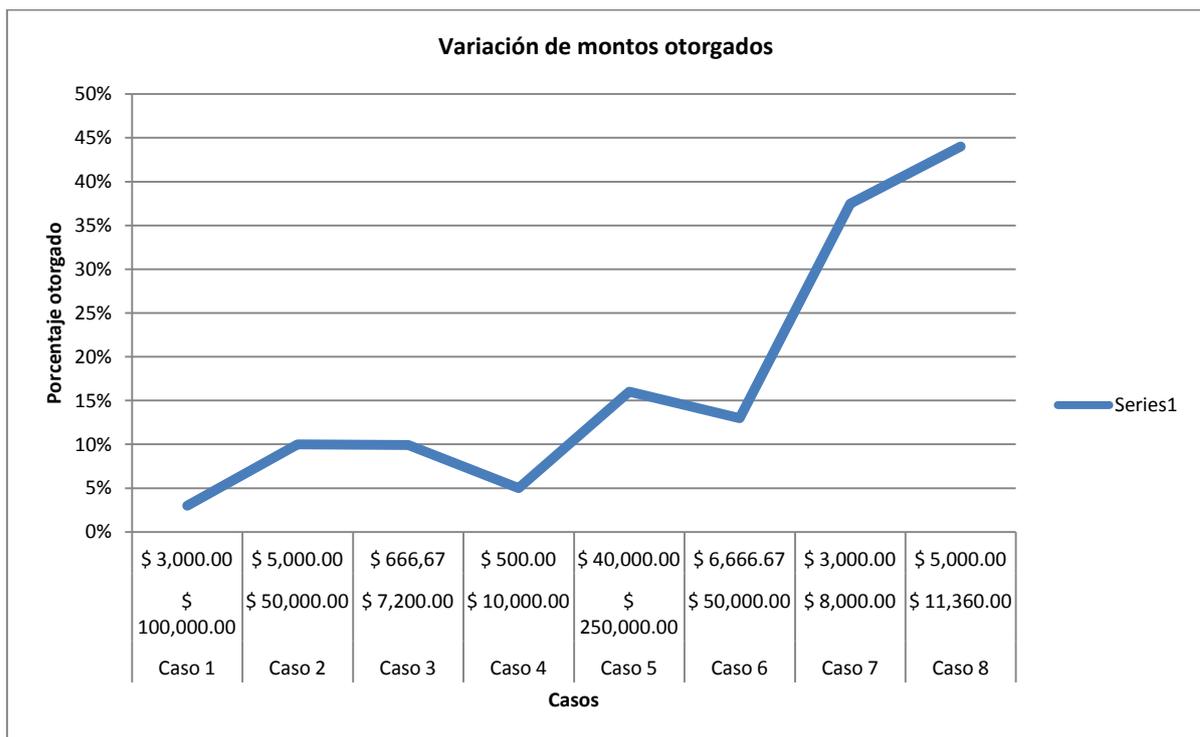
- En el **Caso Nro. 01**, el monto del petitorio solicitado en la demanda es por \$100,000.00 Dólares Americanos, y el monto otorgado como indemnización es de \$3,000.00 Dolares Americanos, equivalente al 3% ; valoración efectuada en base a una prueba testimonial.
- En el **Caso Nro. 02**, podemos advertir que el monto del petitorio asciende a la suma de \$50,000.00 sin embargo, se le otorga por indemnización el importe de \$5,000.00, equivalente al 10%, valoración que hace en base a un criterio subjetivo.
- En el **Caso Nro. 03**, el monto del petitorio es de \$7,200.00 dólares americanos, y se le otorga el importe de \$666.667, equivalente a 9.25%, fijándose en base a una “**valoración equitativa**”, sin precisar, los criterios para establecer dicho monto.
- En el **Caso Nro. 04**, el monto del petitorio es de \$10,000.00 y se le otorga el importe de \$500.00, equivalente al 5%, advirtiéndose que la valoración que hace del monto indemnizatorio es en base a un criterio subjetivo y sin mayor análisis.
- En el **Caso Nro. 05**, el monto del petitorio es de \$250,000.00, sin embargo, se le otorga el importe de \$40,000.00, que representa el 16% del petitorio, precisándose que fueron fijados de manera “prudente” no obstante a ello,

no se precisa cuales los factores que determinaron dicho monto de indemnización.

- En el **Caso Nro. 06**, el monto peticionado es de \$50,000.00, sin embargo se otorga el importe de \$6,666.67, equivalente al 13% del petitorio, precisándose que se fija dicho monto de manera “prudencial” en base a criterios subjetivos, sin precisar el sustento de dicha cuantificación.
- En el **Caso Nro. 07**, el monto del petitorio es de \$8,000.00 y se otorga el importe de \$3,000.00, equivalente a 37.5% del petitorio, sin embargo, no se sustenta, cuáles fueron los factores que llevaron al juez a determinar que la indemnización estaría cuantificada por el monto de us\$3,000.00.
- En el **Caso Nro. 08**, el monto del petitorio es de \$11,360.00 fijandose una indemnización de \$5,000.00, equivalente al 44%, la que es fijada de manera “prudencial y justa” según lo indicado en la sentencia, sin embargo, no existe valoración de pruebas objetivas que permitan cuantificar la indemnización fijada.
- De los casos analizados, podemos ver que al momento de fijar el monto de la indemnización, esta se solicita de manera arbitraria, sin medios de prueba objetivos para la demostración de sus pretensiones ni adecuados para producir convicción en el Juzgador.
- Asimismo, encontramos deficiencias en el aporte de pruebas por las partes, tales como la ausencia de dictámenes periciales, valoraciones económicas, informes de especialistas, inspecciones judiciales, fotografías y todos aquellos elementos aportados por la ciencia y la tecnología, a efectos que el Juez pueda cuantificar el monto indemnizatorio bajo el sistema de la prueba tasada o prueba legal y establecer la eficacia probatoria formal de aquellos instrumentos técnicos acreditados al proceso.
- De los ocho casos analizados, se puede concluir que las pruebas aportadas al proceso han sido valoradas bajo el sistema de valoración conjunta de las pruebas, mediante la concordancia o discordancia que ofrezcan los diversos elementos aportados al expediente, a fin de crear certeza necesaria para establecer los montos que se han otorgado.

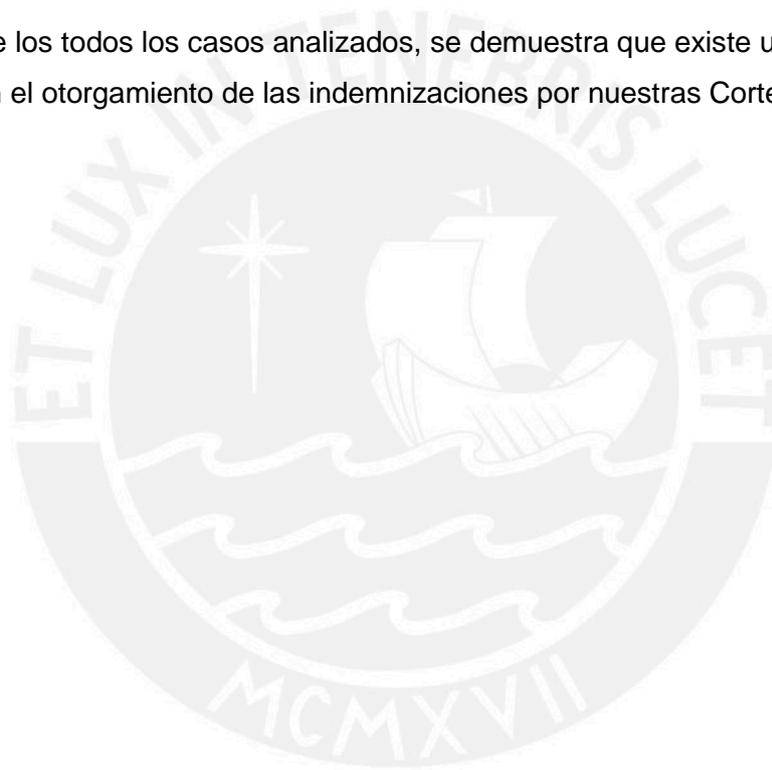
- Finalmente, de los casos analizados, se evidencia que existe una tendencia a otorgar indemnizaciones diminutas, conforme se advierte en los casos analizados Nro. 1, 2, 3, 4, 5, y 6, donde el promedio otorgado es de 17.37% del monto de los petitorios,

Cuadro Nro. 02



- Según el cuadro Nro. 02, podemos concluir lo siguiente:
 - Que, en relación a los montos solicitados, el monto mínimo otorgado (caso Nro. 01) como indemnización es del 3% y el monto máximo (caso Nro. 08), es de 44% en relación al petitorio.
 - Que, en el 50% de los casos analizados (casos Nro. 1, 2, 3, 4) los montos otorgados como indemnización son menores al 10% en relación a los montos solicitados.

- Asimismo, en el 25% de los casos analizados (casos Nro. 5 y 6), los montos otorgados como indemnización son menores al 20% en relación al monto del petitorio.
- Que, en el 25% de los casos analizados (casos Nro. 7 y 8), los montos otorgados como indemnización, son menores al 50% en relación a los montos solicitados.
- Finalmente, de ocho casos analizados, a ninguno se le ha otorgado el monto solicitado, habiéndose fijado como monto máximo de indemnización el 44% del monto del petitorio, solo en el caso Nro. 08.
- De los todos los casos analizados, se demuestra que existe una variabilidad en el otorgamiento de las indemnizaciones por nuestras Cortes.



CUARTA SECCIÓN

4.1. *Criterios para Escoger un Método de Cuantificación en el Derecho Civil Continental.*

En el Derecho civil continental, los códigos y leyes regulan las conductas de los particulares y la función fundamental de los Jueces está circunscrito y limitado en la aplicación del derecho en su conjunto, referido a cada caso concreto y la jurisprudencia, es solo un referente que puede ser tomado o no en cuenta al momento de la aplicación en la resolución de la controversia. Por otro lado, la jurisprudencia se configura sólo como una guía los jueces al momento de aplicar las normas.

La cuantificación de los daños es un tema complicado, si bien existen normas generales o principios que deben aplicarse a los diferentes supuestos, al fin y al cabo la determinación de quién debe soportar el daño, el límite y extensión de la reparación, quienes pueden reclamar y a quienes puede reclamarse, son aspectos que deben ser determinados por el juez de la causa¹²⁶.

En este sentido, se debe establecer el sustento de la cuantificación y los criterios que la orientan, debiendo reflejar los datos concretos que justifican, estableciendo un mínimo de criterios de corrección que limiten las interpretaciones subjetivas¹²⁷, buscado una fundamentación de base objetiva y que la decisión sea también analizando la particularidad del afectado, y su impacto del daño generado por el incumplimiento, de la relación contractual.

¹²⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo. Curso de derecho de las obligaciones. Tomo III. Buenos Aires: Editorial Depalma, 2001, pp. 207

¹²⁷ LORENZETTI, Ricardo. Teoría de la decisión judicial: Fundamentos de derecho. Primera Edición. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2006, pp. 87.

4.2. Aplicación del Análisis Económico del Derecho en los sistemas jurídicos para cuantificar la Responsabilidad Civil Contractual.

El AED surgió en los años 60 en los Estados Unidos, buscando aplicar la metodología de la ciencia económica. Lo que se consigue con esta metodología, es predecir conductas de seres humanos y evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios. El AED parte del principio según el cual los particulares actúan en base a incentivos, tratando de maximizar beneficios y minimizar costos. En base a ello es posible encontrar fórmulas que permitan predecir cómo los individuos actuarán ante tales incentivos. Podemos ilustrar la referida disciplina con el siguiente relato:

“Entrando un ladrón de noche en una casa, empezó a ladrar un perro que estaba en ella, y para hacerle callar le echó un pedazo de pan. El perro le dijo entonces: ¿Por qué me das este pan? ¿me lo das de gracia o para engañarme y hacerme algún daño?. Si tu matas a mi amo y a su familia, y robas todo lo que hay en casa, aunque ahora me das pan porque calle, después tendré que morir de hambre, y así más quiero ladrar y despertar toda la casa, y avisar que andan ladrones que comen el pan que me das”.¹²⁸

Esta fábula que tiene por nombre “El Ladrón y el Perro”, nos enseña que al momento de actuar automáticamente imaginamos lo que podría suceder. De tal manera que nuestros actos están anteceditos por un análisis integral de la situación a la que nos enfrentamos, razonamos antes de actuar, en los distintos escenarios. En efecto, cada acto implica que internamente estamos realizando un juicio de valor, para ver, los costos y cuáles son los beneficios, las causas, las consecuencias.¹²⁹ En efecto, queda claro que en cada decisión de los particulares está implícito un análisis costo-beneficio o para determinar cuál será el comportamiento que le conviene o no para tomar una decisión.

Mercurio y Medema señalan que en el ámbito norteamericano son al menos cuatro las escuelas de pensamiento que compiten en el Análisis Económico del Derecho: La escuela de Chicago, el institucionalismo, el neo-institucionalismo y la escuela de New Haven.

¹²⁸ Esopo: FABULAS ESCOGIDAS, segunda edición, PPP Ediciones S.A., septiembre 1985, pp. 43.

¹²⁹ HERRERA QUISPE, Rosa María. “Comentarios al Análisis Económico del derecho”. pp. 1 En: <www.myotherdrive.com/dyn/dl/929.001812.03112008.40437.6a64fi/COMENTARIOS_AL_ANALISIS_ECONOMICO_DEL_DERECHO.doc>

- a) La escuela del AED ortodoxo, conocida también como la escuela de Chicago, se ocupa de la aplicación directa de la microeconomía, y específicamente de la teoría de los precios neoclásica al análisis del sistema jurídico. Esta escuela se basa en que los seres humanos son racionales, que maximizan su utilidad tanto en situaciones de mercado y de no mercado, que responden a los incentivos de precios en los mercados y a los incentivos legales en las situaciones de no mercado y el criterio de eficiencia debe ser la base para analizar el sistema jurídico y el impacto del derecho¹³⁰. Este sistema jurídico, promueve la eficiencia y esto se logra cuando no es posible ajustar la asignación de bienes, de tal manera que una persona está mejor sin hacer que otra persona este peor.¹³¹
- b) La escuela de New Haven, a diferencia de la escuela Ortodoxa, pone su máximo énfasis en las leyes, los estatutos y las reglamentaciones, dando un menor énfasis en las decisiones judiciales. Esta escuela sugiere estudiar cómo operan las instituciones judiciales y el uso de las herramientas de evaluación de la política pública, razón por la cual se requiere un modelo de comportamiento del gobierno, el del actor racional.¹³²
- c) El AED Institucional, a diferencia de las otras escuelas, está orientado al análisis de las relaciones mutuas entre los procesos legales y económicos. Esta relación tiene dos etapas: por un lado analiza la forma cómo el sistema jurídico se ve afectado por el comportamiento de los individuos y cómo estos comportamientos afectan y se ven afectados por el desempeño económico. No pone mucha atención en la distinción entre la jurisprudencia, la legislación, la burocracia o la regulación, pues las considera manifestaciones particulares de la interrelación entre el gobierno y la económica¹³³.
- d) El AED Neo – Institucional, tal y como ocurre en el institucionalismo, parte de la premisa que las instituciones son factores importantes en la determinación de la estructura económica de una sociedad y de cómo ésta se desempeña,

¹³⁰ *Ibíd.* pp. 123.

¹³¹ Hall. Robert: MICROECONOMIA, tercera edición, 2005, pp. 465.

¹³² Arjona Trujillo, Ana María y Rubio Pardo, Mauricio. *Óp. Cit.* pp. 125

¹³³ *Ibíd.* pp. 127

concentrándose, el derecho de propiedad, los contratos y los costos de transacción¹³⁴.

El AED trae a colación diversos conceptos de la ciencia económica como el costo de oportunidad, que es la acción que decidimos no realizar, el de la alternativa de más alto valor a la que se renuncia; los costos de transacción, que son aquellos que se producen en todo el proceso de encontrar a alguien con quien realizar una transacción económica, asegurando que se cumplan las condiciones del convenio, etc.; y las externalidades son los costos o incluso beneficios que provienen de una transacción económica y que recaen sobre terceros que no participan de dicha transacción.¹³⁵

Los representantes más importantes de esta metodología de análisis serían Ronald Coase, Guido Calabresi y Richard Posner. En primer lugar, el Premio Nóbel de Economía de 1991 Ronald Coase, en su artículo “La Naturaleza de la Empresa”, introdujo y desarrolló una serie de conceptos para comprender al sistema jurídico, tales como costos de transacción desarrollados, donde ponía especial énfasis en el costo de usar el mercado. Posteriormente, introduce el famoso Teorema de Coase en su artículo “El Problema del Costo Social”, en el cual se contribuye al entendimiento de la estructura de las instituciones dentro de un sistema jurídico y la estructura institucional de la economía. Podemos formular este teorema de dos maneras. La primera, es que si no existen los costos de transacción o estos son iguales a cero, las partes involucradas en la transacción llegarán a la solución más eficiente, razón por la cual no importará la solución legal que se adopte. La segunda, es que si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí importará la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente.¹³⁶

De lo antes dicho, se entiende que AED busca evitar el desperdicio de recursos, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, como es la justicia, creando incentivos de conducta correctos para lograr ese fin. En cuanto a la eficiencia, es pertinente mencionar que Wilfredo Pareto fue quien desarrolló conceptos que han permitido definir más técnicamente el concepto de eficiencia, indicando que cuando una persona mejora sin empeorar la situación de otra, podemos decir que una situación es más eficiente que la anterior. A eso le denominó el Óptimo de Pareto, según el cual el cambio de una situación a otra significa una mejora en el bienestar

¹³⁴ *Ibíd.* pp. 128.

¹³⁵ Parkin, Michael: MICROECONOMIA, quinta edición, México, 2001, pp. 194, 209 y 400.

¹³⁶ Herrera Quispe, Rosa María, *op.cit.* pp. 6

social si no se reduce el bienestar individual y al menos mejora la situación de un individuo.¹³⁷

Entre otros criterios de eficiencia, está el criterio de Kaldor-Hicks o de maximización de la riqueza, donde un resultado se considera más eficiente si un resultado óptimo de Pareto puede ser alcanzado por la organización de una compensación suficiente desde los que quedarán en una situación mejor a los que quedarán peor para que todos no terminen peor que antes. El concepto de Kaldor-Hicks también recibe el nombre de superioridad potencial de Pareto: los ganadores podrían compensar a los perdedores, aunque no lo hagan efectivamente.¹³⁸

Como vemos, el AED señala que el Derecho y la Economía no son dos ciencias independientes, sino que son dos caras de una misma moneda, pues el mercado no es otra cosa que el intercambio de derechos que requiere de un sistema legal que facilite los mismos. De esta manera, como las leyes afectan las acciones e incentivos de los seres humanos, las mismas tienen también consecuencias sobre el intercambio y el funcionamiento eficiente del mercado¹³⁹. Dicho esto, considero que el Análisis Económico del Derecho es un enfoque que no debemos descartar ya que el mismo resultaría de gran ayuda, la utilización de los criterios de eficiencia, incentivos y desincentivos de conductas, permitirían cuantificar de una mejor manera las indemnizaciones, de modo que no se generen desperdicios de recursos ni se haga un desgaste innecesario de los mismos.

4.3. Métodos de Cuantificación de Indemnizaciones

En el presente capítulo, procederemos a presentar, en primer lugar, una breve introducción a lo que debe comprenderse por cuantificación de daños, los problemas que esto implica, principalmente refiriéndose a la incertidumbre que implica su determinación, y los diferentes métodos de cuantificación de indemnización que se dieron al respecto, en el Código Civil, comenzando por la cuantificación del daño, establecida en el Artículo 1321º, la valoración equitativa del resarcimiento, referido en el Artículo 1332º, la pérdida de chance o pérdida de oportunidad, el daño moral, establecida en el Artículo 1322, así como una revisión de las reglas para cuantificar

¹³⁷ *Ibíd.* pp. 7

¹³⁸ Vásquez, Rodolfo: COMENTARIOS SOBRE ALGUNOS SUPUESTOS FILOSOFICOS DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO, en ISONOMIA N° 5, octubre, 1996, pp. 148

¹³⁹ Herrera Quispe, Rosa María, *op. cit.* pp. 8

los daños en el Análisis Económico del Derecho, y los efectos que, a simple vista, éstos presentan, en su aplicación.

En este sentido debemos entender que cuando hablamos de cuantificar un daño, nos referimos a monetizar el mismo o, en otras palabras, traducirlo, en su totalidad, en dinero, buscando el resarcimiento del perjuicio a través de una suma compensatoria considerada equivalente, éste resarcimiento parte del presupuesto de la existencia de un daño que debe ser compensado.

Por ejemplo, uno de los principales problemas para la determinación de la cuantificación de los daños morales ocasionados, es el mayor grado de subjetividad en su aplicación¹⁴⁰. Podemos encontrar muchos ejemplos de dicho problema en la jurisprudencia judicial, la misma que presenta criterios disímiles llenos de subjetivismo, en el límite entre la discrecionalidad y la arbitrariedad.¹⁴¹

Ante esto, es necesario tomar en cuenta que una deficiente valoración del daño puede afectar negativamente la finalidad perseguida por la ley. Resulta preocupante comprobar esta realidad en numerosos fallos judiciales, donde, ya sea por mala interpretación de la ley o por viejas concepciones, se ordena el pago de indemnizaciones simbólicas, que poco sirven para reparar plenamente el perjuicio causado. No es menos preocupante comprobar la falta de criterios relativamente uniformes para calibrar cualitativa y cuantitativamente el daño, que suele convertirse en un grave problema cuando se tiene que valorar estos daños en nuestras Cortes.

De este modo, podemos llegar a la conclusión que, realmente, no hay oportunidad real de predecir, a ciencia cierta, la extensión con la que cuentan todos los daños, por lo que procederemos a analizar algunos métodos que se han venido utilizando, para resolver los problemas de cuantificación ya descritos. Lo que buscamos con la ilustración de todos estos métodos es poner en evidencia, que en efecto, estos métodos que están establecidos en el Código Civil, no son suficientes para una efectiva cuantificación de daños, a fin de que la indemnización que otorgue el Juez devuelva verdaderamente a la persona que sufrió el daño al estado en el que se encontraba previo a este.

¹⁴⁰ PIZARRO, Ramón Daniel, Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho, *Citado por Marcelo J. López Mesa en La cuantificación de los daños por mala praxis médica y algunos problemas que ella acarrea. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, En: <<http://www.aidp.com.ar/wp-content/uploads/2012/09/mlmcuantif.pdf>>*

¹⁴¹ Ídem.

4.4. *Cuantificación de los Daños en el Código Civil*

4.4.1. *El Quantum Indemnizatorio.*

Una de las mayores cuestiones que surgen cuando de responsabilidad civil hablamos es la relativa a cuál es el criterio que se debe seguir para justificar el traslado del costo del daño de la víctima al causante (o a quien garantice una mejor dilucidación del mismo en la sociedad) en los casos en que sea conveniente que dicha víctima no asuma íntegramente el referido desmedro.

Al respecto, el Artículo 1321º del Código Civil establece: *“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, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”*

Se ha considerado tradicionalmente que es en el Artículo bajo comentario que se encuentra la referencia a la postura que sigue nuestro Código Civil, en lo que se refiere a causalidad, entiéndase, la teoría de la causa próxima. Sin embargo, esto no queda del todo claro, más aún si se hace una reflexión sobre las dos funciones que cumple un análisis causal, teniendo en cuenta sobre todo la experiencia comparada. Una propuesta muy interesante es la de Espinoza que plantea un análisis que parte de la interpretación que, en su contexto, se ha efectuado del Artículo 1223 del Código Civil Italiano, similar a la redacción al nuestro y que indica que “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”. Al respecto, se ha considerado que dicho artículo se refiere no precisamente a la determinación de la causa sino, más bien, a la determinación del daño y a la medida en que el sujeto debe responder, siendo su función, por tanto, descriptiva. La doctrina italiana ha considerado, como puede apreciarse, en el Artículo en

cuestión se refiere a sólo uno de los elementos de análisis causal. Tanto el Artículo 1223 del Código Italiano como el 1321 bajo comentario, tienen como antecedente al artículo 1151 del Código Napoleónico. En otras palabras, quienes afirman que nuestro Código Civil contempla, en lo que se refiere a inexecución de obligaciones, la teoría de la causa próxima, confunden las funciones o facetas que resultan de un análisis causal. Dicha confusión puede explicarse debido al fenómeno de importación de instituciones jurídicas, sin tener en cuenta el contexto en que fueron generadas¹⁴².

En este sentido, Espinoza propone una interpretación, a la que nos adherimos, por la que se entiende que el segundo párrafo del Artículo 1321^o del Código peruano, no se refiere precisamente a la relación de causalidad (causalidad de hecho) sino mas bien a la determinación de las consecuencias dañosas y más puntualmente a aquellas que el responsable deberá resarcir (causalidad jurídica). Esta interpretación permitiría entender mejor la curiosa estructura del artículo considerando que su primer párrafo se refiere al factor atributivo de responsabilidad, en el caso de inexecución de obligaciones y los siguientes al quantum indemnizatorio, posición mucho más lógica que pretender insertar un análisis de causalidad (de hecho) en el segundo párrafo (lo que conllevaría a un total desorden en el análisis del cualquier problema).¹⁴³

Es pertinente indicar que el artículo antes analizado se aplica al ámbito de la responsabilidad contractual, con lo cual de acuerdo a las reglas de la responsabilidad subjetiva, cuando uno de los sujetos incumpla sus obligaciones por “culpa leve”, tendrá que resarcir las consecuencias directas, inmediatas y previsibles y si el sujeto actuó con “dolo” o “culpa inexcusable” responderá por las consecuencias directas, inmediatas e imprevisibles, siendo que de acuerdo a la norma se tendrá la obligación de indemnizar solo los daños directos, que se ocasionan en una unidad de tiempo y originados por la misma inexecución en sí. Los daños ulteriores, sólo se resarcirán si media pacto entre las partes¹⁴⁴. Es justamente para la determinación y cuantificación del quantum indemnizatorio que necesitamos los criterios que vamos a ilustrar más adelante.

¹⁴² Código Civil Comentado, Comentan 209 Especialistas en las Diversas Materias del Derecho Civil, Tomo VI Derecho de las Obligaciones, Gaceta Jurídica, Tercera Edición Abril 2011, pp. 680.

¹⁴³ Ídem, pp. 680

¹⁴⁴ OSTERLING, Felipe. "Comentarios a los artículos 1318, 1319, 1320 y 1321 del Código Civil peruano" Tratado de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Febrero 2012 En: <<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%201318%201319%201320%201321.pdf>>

4.4.2. Valoración Equitativa del Resarcimiento

El artículo 1332° del Código Civil establece: “*Que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el Juez con valoración equitativa*”. Al respecto, será juez quien deberá liquidar de manera equitativa el monto del resarcimiento, cuando el daño sea de difícil probanza, a fin de que pueda liquidar el daño del modo más justo posible. En muchos de estos casos, la víctima del daño ve reducidas sus expectativas de recibir una indemnización que cumpla una verdadera función resarcitoria, debido a que no se pueden comprobar por vía directa o indirecta los elementos de la cuantía del daño que le fuera ocasionado. Es en estos supuestos donde la herramienta que prevé el referido artículo 1332° resulta de gran utilidad, a fin de no dejar en grave desventaja a la víctima.

Tal y como indica Castillo Freyre, este mecanismo se justifica debido a que, al estar obligado el juez o el árbitro a resolver sobre una pretensión indemnizatoria, también tiene la obligación de determinar la cuantía de lo que hay que indemnizar, una cifra, con independencia de si la víctima pudo probar o no un monto preciso en esa materia¹⁴⁵. De esta manera, otorgando la facultad al juez o al árbitro esta facultad, no se deja en desventaja a la víctima del daño en circunstancias de esta naturaleza.

Sobre este punto, el artículo en mención otorga libertad al juez o árbitro para determinar el daño resarcible, el mismo que deberá aplicar su criterio discrecional atendiendo a las determinadas circunstancias de la naturaleza jurídica del daño o a las del caso en particular¹⁴⁶, sólo para efectos de la cuantificación y no respecto de los elementos que configuran la responsabilidad civil y debe ser explicado en el texto de la decisión.

Así, se ha señalado que la equidad puede ser identificada como un método supletorio de creación jurídica que obra o se realiza a través de los jueces, y que obedece a una construcción estimativa que tiene lugar en la conciencia del juzgador, quien, a través de su propia deliberación, establece una decisión. Dicha solución vendrá determinada, en mayor o menor medida según los casos, por

¹⁴⁵ CASTILLO, Mario. “Valoración del Daño: Alcances del Artículo 1332 del Código Civil”. Editorial Rodhas, 2006, tomo II, pp. 123.

¹⁴⁶ OSTERLING, Felipe. “La Equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza” A propósito del artículo 1332 del Código Civil. Primer volumen colección de Estudios de Derecho Patrimonial. Agosto 2006. pp. 3

distintos antecedentes, elementos o factores, que combinados entre sí y debidamente ponderados por la percepción valorativa del juzgador, coadyuva a formar el criterio de éste.¹⁴⁷ Al respecto, es tarea del mismo agraviado determinar y hacer notar que la probanza del daño resulta imposible, para que pueda darse paso a esta facultad.

En esta línea se ha pronunciado la Tercera Sala Civil de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima, al establecer en el fallo recaído en el Expediente No 1980-98 que "siendo las pruebas aportadas no determinantes para orientar sobre la cuantía de la inexecución de la obligación, el magistrado judicial deberá hacer uso del principio previsto en el artículo 1332 de Código Civil"¹⁴⁸. En tal sentido, "el juez deberá dar pase al criterio de equidad cuando advierte que aun empleando toda su diligencia, el agraviado no ha estado en condiciones de acreditar la cuantía del daño. En caso contrario, es decir, si a criterio del juez existían medios de prueba idóneos y no fueron aportados por negligencia del agraviado, su pretensión en cuanto a la cuantía deberá ser desestimada"¹⁴⁹. Como vemos, se exige que el agraviado haya actuado con diligencia ordinaria en el aporte de pruebas para que el juez pueda aplicar el criterio de equidad.

Entonces, habiéndose demostrado la existencia del daño, los jueces deberán actuar con criterio de equidad dentro de los límites de la pretensión indemnizatoria del demandante y estimando equitativamente qué proporción del total de esos daños y perjuicios reclamados, realmente tiene algún asidero legal¹⁵⁰, siendo este el último recurso con el que cuentan los jueces y árbitros para aplicar justicia en esta materia.

Como indica Jiménez Vargas Machuca, es claro que "el juicio de equidad no solo no es sinónimo de ausencia de razonamiento, sino que es su antónimo; justamente requerirá de un análisis más razonado que la ciega aplicación de los factores existentes: va a requerir hacer comparaciones, analizar mercados, realizar estadísticas, fundarse en bases, entre otros. Y todo ello deberá ser explicado,

¹⁴⁷ SQUELLA, Agustín. Derecho natural y equidad. En: Anuario de Filosofía Jurídica y Social. T. II. Editorial Lexis Nexis, 1983.

¹⁴⁸ En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella Jurisprudencia Actual, Tomo N° 2, N° 91

¹⁴⁹ OSTERLING, Felipe. óp. cit. pp. 4

¹⁵⁰ CASTILLO, Mario. óp. cit. pp. 124

sustentado, a fin de no caer en el juego de la arbitrariedad. La parte que paga deberá saber qué paga; la víctima deberá saber qué es lo que se le repara”¹⁵¹.

No obstante lo expuesto, como indica Osterling, “la equidad que recoge el artículo 1332° del Código Civil puede resultar una herramienta que ofrezca consecuencias disímiles dependiendo del juez que la aplique. Si el criterio discrecional del juez es el elemento de juicio determinante para cuantificar el daño, entonces se admite la posibilidad de que un mismo daño pueda ser indemnizado con distintos montos, dependiendo del magistrado que conozca la causa”¹⁵². Entonces, queda claro también que en la determinación y cuantificación del daño mediante el criterio de equidad podrían generarse casos muy disímiles, razón por la cual existen algunos parámetros para poder delimitarlo y evitar cuantificaciones arbitrarias.

4.4.3. *Pérdida de chance*

La pérdida de la chance u oportunidad es aquella en la cual el daño, que puede consistir en la frustración de un deseo o en la pérdida de una oportunidad, expectativa o probabilidad. Estos casos contienen un elemento de certeza y otro de incertidumbre, los cuales van a tener que ser tomados en cuenta por el juzgador para determinar el grado de probabilidad fáctica a favor del afectado para obtener beneficios o evitar pérdidas de no ocurrir el incumplimiento contractual o el hecho ilícito¹⁵³. Lo que debe realizar el juzgador es una evaluación económica, a efectos de buscar un resarcimiento sobre la pérdida sufrida.

Al respecto, señala Tanzi que “el elemento de certeza se basa en que, de no haber ocurrido el evento dañoso, el afectado o víctima habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. En tanto, el elemento incertidumbre se refiere a que, de haberse mantenido la chance u oportunidad (de no haberse producido el evento dañoso), no hay –ni nunca hubo- certeza de que la ganancia se habría obtenido o la pérdida se habría evitado”¹⁵⁴.

¹⁵¹ JIMÉNEZ, Roxana. “La equidad en la cuantificación del daño de imposible (o muy difícil) probanza”. Revista Justicia y Derecho. Año 5 N° 8 Agosto 2013. pp. 11

¹⁵² OSTERLING, Felipe. óp. cit. pp. 6

¹⁵³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 176.

¹⁵⁴ TANZI, Silvia Y. “La reparabilidad de la pérdida de la chance”. En: La Responsabilidad: Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg. Abeledo Perrot. pp. 109

Indica Osterling que en materia de chance no se busca resarcir las ganancias que hubiera obtenido el agraviado de no haberse verificado el evento dañoso ni la probabilidad de obtener dichas ganancias. Lo que se busca resarcir es la pérdida de oportunidad que tuvo el agente dañoso de mantenerse en una situación que seguramente le hubiese otorgado la posibilidad de obtener beneficios.¹⁵⁵.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que el factor de atribución en el ámbito de la responsabilidad contractual, se determinara de acuerdo al grado y debe responder por las oportunidades frustradas previsibles al tiempo de contraer la obligación¹⁵⁶. Se debe analizar una serie de factores objetivos y un detallado examen a efectos de encontrar parámetros razonables para otorgar la indemnización, de lo contrario estaremos ante una decisión librada al azar, convirtiendo el arbitrio en arbitrariedad¹⁵⁷, como suele darse en la mayoría de los casos, conforme se ha analizado en la presente investigación, las indemnizaciones otorgadas por el juzgador se basan en un criterio meramente subjetivo.

4.4.4. Daño Moral

El daño moral no debe ser presumido por el juez como consecuencia de lesiones determinadas y tampoco que es igual para todos. Por el contrario, debe entenderse que tiene que ser objeto de algún tipo de prueba.¹⁵⁸.

Sobre el daño moral, la jurisprudencia y la doctrina española en su mayoría admiten la extensión del denominado daño moral a la responsabilidad contractual y se ha calificado al daño moral de *figura borrosa*. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se ha identificado al daño moral como “una lesión o atentado a los bienes de la esfera personal que se traduce en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual”, y se enumeran algunas de las circunstancias en las que puede concretarse: ansiedad, angustia, inquietud, temor, incertidumbre¹⁵⁹.

¹⁵⁵ OSTERLING, Felipe. óp. cit. pp. 9

¹⁵⁶ JIMÉNEZ, Roxana. óp. cit. pp. 19

¹⁵⁷ *ibíd.*

¹⁵⁸ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de Daños. Madrid, Civitas, 1999, p. 329.

¹⁵⁹ *Ibíd.* pp. 1790

Excepción destacada a esta corriente de opinión la constituye la del profesor Luis Díez – Picazo; quien propone una concepción más restringida sobre el daño moral, según la cual “no hay daño indemnizable por las perturbaciones psicológicas que una persona puede experimentar como consecuencia del incumplimiento de un contrato”¹⁶⁰. De acuerdo a este autor, “el denominado daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicológico en el ámbito de la persona, y, aun así, no todo sufrimiento psicológico engendra un daño moral indemnizable, sino aquel que es consecuencia de lesiones de derecho de la personalidad”. Por tal razón, este rechaza la existencia de daño moral en sentido estricto, cuando la lesión incida sobre bienes económicos, y, más concretamente, cuando se produzca como consecuencia de un incumplimiento contractual, salvo en aquellos casos en que la prestación contractual comprometida por el incumplidor afectara derechos subjetivos de la personalidad del acreedor¹⁶¹.

Sobre este punto, el profesor Santiago Spiau también manifiesta una reticencia ante la inclusión del resarcimiento del daño moral dentro de la indemnización de los daños y perjuicios causados por la contravención de una obligación contractual, pues si bien no niega que un incumplimiento contractual pudiese producir alguna perturbación o aflicción al contratante frustrado; plantea que no es del todo aceptable que esa perturbación constituya un daño moral o no patrimonial y, sobre todo, que este sea un componente de la responsabilidad contractual derivada de dicho incumplimiento, debiendo comprenderse, por tanto, dentro de los daños y perjuicios de que responda el deudor o el contratante incumplidor¹⁶².

Una situación de incumplimiento contractual ocasiona, por regla general, daños patrimoniales o materiales y puede ocasionar también daños morales o no patrimoniales, como consecuencia de la frustración o aflicción que el incumplimiento puede producir en el contratante perjudicado, máxime si, tratándose de un contrato bilateral, ese contratante ha cumplido ya sus compromisos¹⁶³.

¹⁶⁰ ESPIAU, Santiago. “La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual”. En: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II, Volumen I, Madrid, Civitas, 2003, pp. 1789

¹⁶¹ Idem

¹⁶² Idem

¹⁶³ Idem

En el ámbito peruano, advierte Osterling que identificado el daño moral, el primer paso para su cuantificación será determinar si la afectación de los derechos tiene consecuencias patrimoniales o no, buscar si existe la posibilidad de volver las cosas al estado anterior' mediante una reparación simbólica (publicación de sentencias, imposición de multas, cierre de establecimientos, rectificaciones, etc.) y solo en caso de que esto no fuera posible, condenar al agresor al pago de una suma de dinero¹⁶⁴, buscando necesariamente aliviar a la víctima por el daño sufrido, asignando un monto como resarcimiento.

Es así que el criterio de equidad siempre ha de emplearse al momento de cuantificar el daño moral. Señala Jiménez que “para cuantificar este tipo de daño, la culpa o dolo deben evaluarse como un factor de cuantificación del propio daño moral solo si efectivamente lo ha incrementado, y no para castigar al causante del mismo. Esto significa que debe resarcirse el daño inmaterial tanto en casos de daños causados con culpa o sin ella, extendiéndose por tanto a los casos de responsabilidad objetiva, por cuanto se trata de daños efectivamente sufridos y que deben ser trasladados fuera de la víctima, de acuerdo a la función primordial de la responsabilidad civil”¹⁶⁵. Es decir, debe analizarse las características y circunstancias en las que se produjo el daño, buscando un resarcimiento equitativo, del daño moral, con culpa o sin ella.

En lo que respecta al *daño moral contractual*, coincidimos con el profesor Santiago Spiau, en tanto indica que “se debe distinguir entre el que deriva de la infracción de un contrato que se refiera a bienes de la personalidad y el incumplimiento contractual como causa de daño moral, en cuanto la aflicción o perturbación psicológica, provocada por dicho incumplimiento merezca esa consideración”¹⁶⁶.

4.4.4.1. Estado de la Cuestión

Existe un consenso tan unánime como el que existe en torno a la imposibilidad de definir el daño moral. El daño que afecta a bienes inmateriales del individuo es definido por exclusión. Se admite su existencia y se intenta su compensación, pero

¹⁶⁴ OSTERLING, Felipe. óp. cit. pp. 13

¹⁶⁵ *ibíd.*

¹⁶⁶ ESPIAU, Santiago.op,cit.pp.1789

se dibuja el contorno de sus límites en función de lo que reconocemos a las realidades materiales perturbadas. “Daño moral” es, así, el que no es patrimonial, aunque el sufrimiento moral pueda tener un reflejo en la capacidad económica y el pago de una cantidad de dinero sea la única forma conocida de reparar la mayor parte de perjuicios morales causados negligentemente o dolosamente por un tercero¹⁶⁷; si bien, el reconocimiento y pago de dinero a veces no satisface en su integridad el daño sufrido, se considera un mecanismo resarcitorio para compensar el daño.

Adoptar la noción de daño moral en sentido amplio, entendiéndolo como toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona. De acuerdo con este concepto, “son derechos extrapatrimoniales o morales, aquellos que tienen por objeto la protección de bienes o presupuestos personales, que componen lo que la persona es”¹⁶⁸

En este sentido, se debe tener en cuenta para cuantificar el daño moral o inmaterial, no solo son las características de la víctima, sino también las circunstancias en que se produjo el daño, las características del agresor, incluyendo el grado de dolo o culpa. La decisión final no podrá llegar a ser perfecta, exacta o auténtica, pero si se evalúan todos los elementos, sustentados con medios probatorios idóneos, puede alcanzarse una reparación que no se considere arbitraria, lo que no significa que deba dejarse de lado el criterio de equidad, sino emplearlo conjuntamente con los demás criterios que se han señalado¹⁶⁹. En este escenario, la decisión final se acercará mucho más a cumplir con la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil lo que, de ser así, logrará la finalidad preventiva.¹⁷⁰

4.4.4.2. Funcionamiento y Aplicación en nuestra legislación.

En nuestro Código Civil actual, la noción del daño moral indemnizable está referido en el Artículo 1322º del Código Civil, cuando nos referimos a una obligación de

¹⁶⁷ GÓMEZ POMAR, Fernando, MARIN GARCIA, Ignacio, El Daño Moral y su Cuantificación, Editorial Bosch, Primera Edición, Enero 2015, pp. 51

¹⁶⁸ OSTERLIN PARODI, Felipe y REBAZA GONZALES, Alfonso, La Equidad y su Función Cuantificadora de los Daños de Imposible Probanza, a propósito del Artículo 1332 de Código Civil, Editora Grijley, 2007, pp. 98

¹⁶⁹ Idem, pp. 161.

¹⁷⁰ <http://www.derechocambiosocial.com/revista007/dano%20moral.htm>

indemnizar derivada de inejecución de obligaciones y en los Artículos 1984^o y 1985^o en el caso de responsabilidad extracontractual. Asimismo, nuestra jurisprudencia ha establecido que el daño moral es cuantificable patrimonialmente, siendo compleja su determinación, advirtiendo que de las sentencias emitidas por nuestras Cortes, muchas carecen de motivación que sustentan las razones de la cuantificación y no tienen un criterio uniforme, lo que hace difícil establecer criterios a través de la jurisprudencia para cuantificar el daño moral.

Sobre la cuantificación del daño moral nuestra jurisprudencia ha señalado que “el daño moral sí es cuantificable patrimonialmente, aún cuando su valuación sea difícil, desde que el interés del acreedor puede ser patrimonial o no, cuestión que no debe confundirse con el carácter patrimonial de la obligación.”¹⁷¹

En ese sentido para cuantificar el monto de la indemnización por daño moral, nuestra jurisprudencia ha señalado que “se pueden utilizar diversos mecanismos auxiliares de Derecho, como son los informes contables, económicos, de rentabilidad de negocio e incluso, podría efectuarse un análisis costo-beneficio, dependiendo de las necesidades del proceso y de las circunstancias o elementos del mismo”¹⁷²

Como hemos podido apreciar, la determinación de los montos en casos de daño moral tiende a presentar un alto grado de discrecionalidad por parte del juez al momento de establecer el monto del daño moral causado, así como su cuantificación resulta impredecible por falta de uniformidad de criterios y muchas veces el texto de la sentencia carece de motivación y han generado las razones para haber establecido el monto, así como la variabilidad exagerada e innecesaria derivada de la discrecionalidad con que cuentan los jueces al momento de determinar los montos para indemnizar los daños morales y la falta de tablas y criterios de cuantificación.

No obstante a ello, del criterio judicial, se rescata algunas ideas importantes, como el dolor físico causado por el ilícito, el tiempo de postración o convalecencia, el impacto moral del hecho sobre la víctima, consecuencias de la lesión física o psíquica permanentes o temporales, parciales o totales; condiciones personales de la víctima en especial su edad, la magnitud de daño causado, así como la culpa con la que actúa el agresor cuando se causa el daño.

¹⁷¹ Casación Nro. 1070-95- Arequipa, 13 de Julio de 1998.

¹⁷² Casacion Nro. 3220-2002 Camaná, 25 de Abril del 2003.

4.5. La Cuantificación de los Daños en el Análisis Económico del Derecho.

En el análisis económico del derecho, la normatividad no solo debe describir y evaluar normas jurídicas, sino proponer reformas a efectos de poder implementar políticas que maximicen la eficiencia económica, como valor social que debe ser promovido.

La maximización de la riqueza social es un imperativo ético, según las visiones más ortodoxas, ya que en un mundo de recursos escasos el derroche debe ser considerado inmoral y la teoría es que el derecho común se explica mejor (no perfectamente) como un sistema para maximizar las riquezas de la sociedad.¹⁷³ Otras visiones más moderadas como la de Calabresi, entienden que son varios los objetivos que compiten con la eficacia, consideraciones distributivas que son relevantes y un veto dado por la justicia al tipo de políticas que puedan implementarse para conseguir los objetivos.

Para Posner, una mejor interpretación de las reglas de Common Law consiste en entenderlas como esfuerzos de lograr resultados eficientes, siendo la maximización de la riqueza la mejor forma de explicar el sistema jurídico norteamericano y sus doctrinas¹⁷⁴ es decir, intenta aplicar la metodología económica para determinar los efectos de las distintas reglas jurídicas sobre la eficiencia y la distribución de los recursos, y que pretender describir los sistemas jurídicos a la luz del criterio de eficiencia.

En este sentido, cuando nos referimos al tema materia de tesis, es decir a la cuantificación de la indemnización, la responsabilidad contractual, debemos mencionar, que se ha entendido tradicionalmente, en el sistema Romano-Germánico, o derecho civil que el acreedor de una obligación pueda optar ante el incumplimiento del deudor entre exigir el cumplimiento de la obligación o resolver el contrato, solicitando el pago de los daños correspondiente en uno u otro caso, es decir, el acreedor de una obligación, tiene la opción de acudir al aparato jurisdiccional para conseguir que la obligación se ejecute de acuerdo a los términos pactados o simplemente resolver el contrato y solicitar daños y perjuicios¹⁷⁵; Esta posición en todo

¹⁷³ POSNER, RICHARD A., "Economic Analysis of Law, Aspen Law and Business, Fifth Edition, 1998, en Pág. 30.

¹⁷⁴ Ídem

¹⁷⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía*, Palestra Editores, Lima 2003, Pág.225.

caso deberá corresponder al afectado por el incumplimiento del contrato, vía acción por ante las cortes, exigiendo la opción más conveniente, o resolver el contrato y solicitar una indemnización o exigir el cumplimiento del contrato y solicitar una indemnización.

A diferencia del sistema de derecho civil, en el sistema anglosajón o common law, la regla general es, todo incumplimiento debe resolverse con el pago de una indemnización, salvo que el deudor esté dispuesto a cumplir específicamente la obligación que asumió, solo en contadas excepciones, se permite al acreedor a exigir la ejecución forzada de la obligación¹⁷⁶

Ante el incumplimiento contractual, lo que pretendemos ver es qué remedios se deben dar en el sistema jurídico, desde una perspectiva económica, vale decir, desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho. Para Richard A. Epstein, los remedios provienen del propio sistema jurídico, las indemnizaciones son los remedios más obvios, pero como es que ellos deben calcularse, y que tipos de remedios serán ordenados como complementos o bien como sustitutos;¹⁷⁷ también estos remedios ante el incumplimiento contractual, resultan siendo a veces complejos ante situaciones simples.

Es así, ante el incumplimiento contractual, entre a tallar el famoso aforismo de Holmes, según el cual, la única consecuencia universal de una promesa que se empeña jurídicamente es que el derecho hace que el promitente pague una indemnización, si el evento prometido no se realiza, y este mismo pensamiento es recogido en la idea moderna de que un contrato no hace más que crear en la parte que promete la opción de cumplir o de pagar una indemnización donde la dimensión de los daños y perjuicios “ideal” o “esperada” está diseñada para dejar a la parte inocente, tan bien cuanto hubiera estado, si la promesa original se hubiera cumplido;¹⁷⁸ sin embargo, a veces la parte que incumple queda en mejor situación, que la otra parte, como es el caso nuestro, muchas veces en el tratamiento de la cuantificación de los daños en nuestras cortes.

¹⁷⁶ Ídem

¹⁷⁷ RICHARD A. EPSTEIN, Principio para una Sociedad Libre – Reconciliando la Libertad Individual con el bien Común; De la Traducción Universidad de Ciencias Aplicadas UPC, Setiembre 2003, Pág. 267.

¹⁷⁸ Ídem

Para Robert Cooter y Tomas Ulen, cuando una de las partes de un contrato no cumple lo prometido, la víctima puede pedir un remedio al Tribunal. El Contrato estipula un remedio cuando contiene términos explícitos que prescriben lo que se debe hacer si una de las partes incumple o el contrato puede estipular un proceso correctivo, el pago de daños y el desempeño específico, los tipos generados de remedios que han diseñado los Tribunales para el cumplimiento de los contratos¹⁷⁹.

En esta línea, en un contexto contractual, el término perjuicio tiene varios significados diferentes, en este sentido, el receptor de la promesa espera obtener ganancias a resultas del cumplimiento, en consecuencia la tradición del derecho común se refiere al pago de daños basados en el valor del desempeño esperado como daños a las expectativas¹⁸⁰.

Un segundo significado de perjuicio en un contexto contractual, el receptor de la promesa puede invertir en confianza sobre la promesa, por lo general, el incumplimiento disminuye o destruye el valor de la inversión y un tercer significado del perjuicio, en la celebración de un contrato implica a menudo la pérdida de una oportunidad para celebrar un contrato alternativo la oportunidad perdida provee una base para el cálculo del perjuicio¹⁸¹.

Si la mayoría de los incumplimientos de contrato no son oportunistas, muchos de ellos son involuntarios, el cumplimiento es imposible a un costo razonable, otros son voluntarios pero eficientes, estas observaciones explican la importancia de los remedios para el Derecho Contractual y justifica la afirmación de Holmes, de que el objetivo de la Ley no es obligar al cumplimiento del contrato, sino solo requerir que cada una de las partes escoja entre el cumplimiento de acuerdo con el contrato y la compensación a la otra parte por el perjuicio resultante del incumplimiento¹⁸². Sin embargo, esto en la práctica en la mayoría de los casos no es posible llegar a un entendimiento razonable, es por ello que en última instancia son las Cortes las llamadas a resolver el conflicto.

¹⁷⁹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, Derecho y Economía, Fondo de Cultura Económica, México 1998, Pág. 290

¹⁸⁰ Idem

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Ídem

Lon L. Fuller y William R. Perdue, Jr. hacen una contribución importante en el tratamiento de los daños contractuales, ante un incumplimiento, qué criterios se debe establecer, para determinar una posible reparación; y distingue tres propósitos que pueden ser perseguidos en la adjudicación de los daños contractuales “en primer lugar, el demandante tuvo confianza en la obligación asumida por el demandado, a la cual atribuyo cierto valor, el demandado incumplió su obligación, esta confianza asumida por el demandante cambio su situación, de tal manera el objeto es ponerlo en tan buen estado como el que estaba antes que la obligación fuera asumida, cuyo valor protegido es la confianza y consecuentemente esta obligación que se creo en base a la confianza, debe establecer una posible reparación en base al valor de la expectativa.¹⁸³ Bajo este análisis hace una clara distinción de estos criterios que se deben tomar en cuenta para reparar el daño ante una respuesta de la relación contractual por incumplimiento.

Autores modernos como Richard Posner, han indicado que es importante, cuando se establece un incumplimiento, proceder a determinar el remedio adecuado en orden creciente, de tal manera que se pueda encontrar una variedad de posibilidades, de restitución del daño contractual, como principios fundamentales de los daños contractuales, como son, 1) la pérdida de la confianza del beneficiario de una promesa (los costos en que incurrió el beneficiario que confió razonablemente en el cumplimiento del contrato por parte de quien hizo la promesa); 2) La pérdida de la expectativa (pérdida de la ganancia esperada del contrato) 3) Liquidación de daños (los daños realmente especificados en el contrato, como el remedio monetario de un incumplimiento), 4) Los Daños consiguientes (efectos del incumplimiento sobre el negocio del beneficiario), 5) Restitución (al beneficiario, de las ganancias que obtuvo del incumplimiento quien hizo la promesa), 6) Cumplimiento específico (se ordena a quien promete que cumpla so pena de ser declarado en rebeldía por el tribunal), 7) Un castigo monetario especificado en el contrato, u otros daños punitivos¹⁸⁴.

Estas reglas constituyen elementos importantes que sirven como base, para calcular los daños en el contexto contractual, en el análisis económico del derecho, explicado sobre el criterio de la eficiencia económica; y las partes pueden saber ante el

¹⁸³ FULLER, Lon L. y PERDUE Jr. William R. “El Valor de la Confianza en los Daños Contractuales” *The Yale Law Journal* 46 (1) 1936, traducción realizada por Milagros de Pommar Saettone miembro de THEMIS, bajo la supervisión de Edgard Guerrero, LLM Tulane Law School; pág.211.

¹⁸⁴ RICHARD A. POSNER, “El Análisis Económico del Derecho” Fondo de Cultura Económica, México, Ed. 1992, pág. 116.

incumplimiento específico decidir cuál remedio se otorgaría, porque quien hace una promesa y no la cumple para aprovecharse de la vulnerabilidad de la otra parte está obligado a compensar daños de acuerdo a la naturaleza del incumplimiento, pues en este contexto como se indicó el objetivo de la ley no es obligar al cumplimiento de los contratos, ya que en muchos casos es imposible inducir al cumplimiento de un contrato cuando algunas veces es eficiente incumplir, al existir reglas para mitigar los daños en estas circunstancias. A través de la jurisprudencia, sería posible incorporar estas reglas para poder resarcir de manera eficiente la responsabilidad contractual.



Conclusiones

1. No existen incentivos para la parte afectada en un incumplimiento contractual cuando se tiene que recurrir a nuestras Cortes, a causa de las numerosas deficiencias de nuestro sistema judicial, dado que la solución propuesta por la Jurisprudencia nacional al cálculo del daño es negativa, no existiendo reglas y criterios claros para resarcir adecuadamente los daños producidos como consecuencia de un incumplimiento.
2. La determinación del monto del daño producido es sumamente complicada, por cuanto hacerlo implica un alto grado de discrecionalidad por parte del juez, quien no cuenta con una forma certera para establecer el valor determinado de estos, llegando a determinar montos extremadamente disparejos en casos similares para solucionar procesos de indemnización por daños. Hemos analizado los métodos de cuantificación en el Código Civil, como el quantum indemnizatorio, la valorización equitativa del resarcimiento, la pérdida del chance y el daño moral, criterios regulados en nuestra legislación para ser tomados en cuenta como herramientas para sustentar el otorgamiento de daños en un proceso de responsabilidad civil, sin embargo, estas herramientas que nos brinda nuestra legislación civil no ha resultado eficiente para sustentar y calcular los daños en nuestras Cortes, dado que solamente se utiliza el criterio subjetivo por parte del juzgador en la mayoría de los casos, al momento de calcular las indemnizaciones conforme se está demostrando con el análisis de 8 casos jurisprudenciales, donde se ha llegado al extremo de valorar montos indemnizatorios en base a declaraciones testimoniales.
3. Para que el Juez pueda cuantificar el monto de las indemnizaciones por incumplimiento contractual, debería basarse en criterios objetivos y no subjetivos, para la restitución del daño contractual. En ese sentido, debemos tomar en cuenta los criterios de cuantificación que se utilizan en el Análisis Económico del Derecho, como una herramienta importante que se podría tener en cuenta, como son la pérdida de la confianza del beneficiario de una promesa, la pérdida de la expectativa, liquidación de daños, los daños consiguientes, restitución al beneficiario de las ganancias que obtuvo del

- incumplimiento quien hizo la promesa, cumplimiento específico, castigo monetario especificado en el contrato.
4. Estas reglas del análisis económico del derecho constituyen elementos importantes que podrían servir como base, para calcular los daños en el incumplimiento contractual, explicado sobre el criterio de la eficiencia económica; y las partes podrían saber ante el incumplimiento específico decidir cuál remedio se otorgaría, porque quien hace una promesa y no la cumple para aprovecharse de la vulnerabilidad de la otra parte está obligado a compensar daños de acuerdo a la naturaleza del incumplimiento, pues en este contexto como se indicó el objetivo de la ley no es obligar al cumplimiento de los contratos, ya que en muchos casos es imposible inducir al cumplimiento de un contrato cuando algunas veces es eficiente incumplir, al existir reglas para mitigar los daños en estas circunstancias. Es por ello que se podría incorporar alguna de estas reglas a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema o en plenos casatorios, donde la dimensión de los daños y perjuicios esperada debería ser, para dejar a la parte inocente tan bien cuando hubiere estado si la promesa original se hubiera cumplido, consiguiendo de esta manera tener mecanismos más eficientes para resarcir en temas de incumplimiento contractual.
 5. Los criterios de cuantificación de daños en el Análisis Económico del Derecho basados en la eficiencia económica podrían ser tomados en cuenta en nuestra legislación civil. Si bien es cierto, no pueden explicar los criterios de justicia para evaluar las instituciones jurídicas, sin embargo creemos que pueden ser una herramienta importante que se puede utilizar para calcular el monto de las indemnizaciones por daños en nuestras Cortes.
 6. De los casos analizados, se ha logrado determinar que las indemnizaciones otorgadas por las Cortes resultan siendo diminutas en relación al monto solicitado, y el sustento para el otorgamiento de la mismas, en la mayoría de los casos es a partir de un análisis subjetivo, no encontrando elementos objetivos para determinar no solo la procedencia de la indemnización, que debería ser producto de un análisis exhaustivo de pruebas para la acreditación del daño y de los demás elementos de la responsabilidad civil, sino que

tampoco encontramos justificaciones objetivas para poder entender en base a qué se otorga un determinado monto indemnizatorio.

7. De los ocho casos analizados, se puede concluir que las pruebas aportadas al proceso han sido valoradas bajo el sistema de valoración conjunta de las pruebas, mediante la concordancia o discordancia que ofrezcan los diversos elementos aportados al expediente, a fin de crear certeza necesaria para establecer los montos que se han otorgado, encontrándose además deficiencias en el aporte de pruebas por las partes, tales como la ausencia de dictámenes periciales, valoraciones económicas, informes de especialistas, inspecciones judiciales, fotografías, y todos aquellos elementos aportados por la ciencia y la tecnología, a efectos que el Juez pueda cuantificar el monto indemnizatorio bajo el sistema de la prueba tasada o prueba legal y establecer la eficacia probatoria formal de aquellos instrumentos técnicos acreditados al proceso.
8. No existiendo incentivos para la parte afectada ante un incumplimiento contractual en la instancia judicial frente al cálculo de las indemnizaciones, es necesario diseñar contratos minimizando los costos de transacción, corrigiendo las fallas de mercado, evitando lagunas y cláusulas ambiguas, que conllevan a varios criterios de interpretación, regulando cláusulas espejos y recíprocos, y establecer procesos correctivos y castigos monetarios en casos de incumplimiento, a fin de elaborar un contrato eficiente y que de alguna manera frene su incumplimiento por alguna de las partes.

BIBLIOGRAFIA

1. AGUES, RICARDO DE ANGEL – Tratado de Responsabilidad Civil, Edición 1993, Editorial Civitas- Madrid.
2. ALPA, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Traducción y notas de Leysser León. (Título original: *Tratatto di diritto civile*. Volumen IV, *Responsabilità civile*). Lima: Jurista editores, 2006.
3. AICPA American Institute of CPA´s International Glossary of Business Valuation Terms.
4. BULLARD, Alfredo. <<¿Cómo “vestir un santo sin desvestir a otro”? La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes.>> Themis. Revista de derecho. Segunda época. N°33, 1996.
5. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial.” *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2003.
6. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía*, Palestra Editores, Lima 2003.
7. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual.” En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Lima: Grijley, Tomo III, 2007.
8. BRUERA, José Juan. *El concepto filosóficojurídico de causalidad*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.
9. BUNGE, Mario. *La causalidad. El principio de la causalidad en la ciencia moderna*. Buenos Aires: Editorial sudamericana, 1959.
10. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
11. BLUMSTEIN, James F., BOVBJERG, Randall R. y SLOAN, Frank A., *Valuing Life and Limb in Tort: Schedulling «Pain and Suffering»*, 83 (4) Northwestern University Law Review, 1989.
12. BLUM, Rober R, *A Practical Guide to Business Valuation*, McGraw-Hill (1986).
13. CALABRESI, Guido. “El costo de los accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil”, Barcelona: Ed. Ariel S.A., 1984.
14. CALABRESI, Guido. “La decisión por accidentes: Una aproximación a la asignación objetiva de costos.”. Themis. Revista de Derecho. Segunda época. N°46, 2003.
15. CALABRESI, Guido. “La responsabilidad civil extracontractual. El derecho de una sociedad mixta.” *Themis. Revista de derecho. Segunda época*. N°23, 1992.
16. CASTILLO, Mario. “Valoración del Daño: Alcances del Artículo 1332 del Código Civil”. Editorial Rodhas, 2006, tomo II.
17. CENDON, Paolo, et.al. *La responsabilità civile. Saggi Criti e Rassegne di Giurisprudenza*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1988.
18. CORDOBERA, Lidia. *Los daños colectivos y la reparación*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1993.
19. COASE, Ronald, “El problema del costo social”, *Journal of Law and Economics*, 1960, p.1-44

20. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, Derecho y Economía, Fondo de Cultura Económica, México 1998.
21. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de Daños. Madrid, Civitas, 1999.
22. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La responsabilidad extracontractual”. *Biblioteca para leer el código civil*. Volumen IV, tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo editorial, 2001.
23. EPSTEIN, RICHARD A., Principio para una Sociedad Libre – Reconciliando la Libertad Individual con el bien Común; De la Traducción Universidad de Ciencias Aplicadas UPC, Setiembre 2003.
24. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición. Perú 2002.
25. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Editorial Gaceta Jurídica, Segunda Edición, 2003, pp. 52.
26. ESPIAU, Santiago. “La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual”. En: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II, Volumen I, Madrid, Civitas, 2003.
27. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Responsabilidad civil y derecho de daños.” *El jurista. Revista Peruana de Derecho*. Lima: Universidad San Martín de Porres, año 1, N°4, 1991.
28. FALLA JARA, Alejandro, La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Perú, Análisis de un Fracaso, Tesis para optar el grado de Abogado PUCP, 1996, Lima.
29. FALLA JARA, ALEJANDRO Y PIZARRO ARANGUREN, LUIS, “El Problema de los Diminutos Montos Indemnizatorios: Dos Casos Ejemplares y Esperanzadores, Revista Themis 1991, PUCP.
30. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law*.
31. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho de las personas”. En *COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL*. Código Civil, IV, Exposición de motivos y comentarios, al cuidado de Delia Revoredo. Lima: Ocurra Ediciones, 1988.
32. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad*.
33. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN HILARIO, Leysser. “Responsabilidad objetiva. Artículo 1970”. En *Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil*. Tomo X. Lima: Gaceta jurídica, 2007.
34. FULLER, Lon L. y PERDUE Jr. William R. “El Valor de la Confianza en los Daños Contractuales” *The Yale Law Journal* 46 (1) 1936, traducción realizada por Milagros de Pommar Saettone miembro de THEMIS, bajo la supervisión de Edgard Guerrero, LLM Tulane Law School.
35. HARO, JOSÉ JUAN “De tin marin de do pingüe... un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú”. *Revista Themis* N°44, Año 2002.
36. HOBBS, Thomas. *Elements of Philosophy* en Woodbridge, F.J.E., Ed. Selections. Citado por: GOLDENBERG, Isidoro H. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1984.
37. INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. “BCRP evita volatilidad del tipo de cambio (y, de pasada, da ayudadita a candidato extremista)” En: <<http://ipe.org.pe/comentario-diario/16-1-2006/bcrp-evita-volatilidad-del-tipo-de-cambio-y-de-pasada-da-ayudadita>>

38. JIMÉNEZ, Roxana. "La equidad en la cuantificación del daño de imposible (o muy difícil) probanza". Revista Justicia y Derecho. Año 5 N° 8 Agosto 2013.
39. JORDANO FRAGA, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1987.
40. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Traducción por Jaime Santos Bri¹⁸⁵-z. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
41. LEÓN HILARIO, Leysser. "Responsabilidad extracontractual (Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano)." *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Segunda edición. Lima: Jurista editores, 2007.
42. LEÓN HILARIO, Leysser. <<Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el derecho civil peruano.>> *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Segunda edición. Lima: Jurista editores, 2007.
43. LE TOURNEAN, Philippe, De la Falsedad del Concepto de Responsabilidad Contractual, En estudio de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa, Primera Edición. Colombia 2014. pp. 675.
44. LÓPEZ MESA, Marcelo. Curso de derecho de las obligaciones. Tomo III. Buenos Aires: Editorial Depalma, 2001.
45. LORENZETTI, Ricardo. Teoría de la decisión judicial: Fundamentos de derecho. Primera Edición. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2006.
46. MORALES HERVIAS, Rómulo. "La responsabilidad en la norma jurídica privatística. A propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)." *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Grijley, 2006.
47. MAZEAUD, Henry y León, TUNC, André.
48. MORALES HERVIAS, Rómulo, La Responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual) Editorial Palestra Editores, Primera Edición. Perú 2005
49. MONATERI, Pier Giuseppe. Hipótesis sobre la responsabilidad de nuestro tiempo.
50. OSTERLING, Felipe. "Comentarios a los artículos 1318, 1319, 1320 y 1321 del Código Civil peruano" Tratado de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Febrero 2012 En: <<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%201318%201319%201320%201321.pdf>>
51. OSTERLING, Felipe. "La Equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza" A propósito del artículo 1332 del Código Civil. Primer volumen colección de Estudios de Derecho Patrimonial. Agosto 2006.
52. PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, Estudios sobre Responsabilidad Contractual Biblioteca de Derecho Civil, Edición Marzo 2010, Lima, Juristas Editores EIRL.
53. PINTOS, Jesús, Baremos, seguros y derecho de daños, Madrid: Civitas, 2000.
54. PINTO OLIVEROS, Sheradine, Universidad Metropolitana, "A propósito de la Responsabilidad Contractual", en: "De las Obligaciones en General, Coloquio de Iusprivatistas de Roma y America, Cuarta Reunión de Trabajo", Edición Diciembre 2012, Rómulo Morales Hervias Giovanni F. Priori Posada Editores.
55. PIGOU, Arthur, "La economía del bienestar", Londres, 1928
56. PIZARRO, Ramón Daniel, Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho, *Citado por Marcelo J. López Mesa en La cuantificación de los daños por mala praxis médica y algunos*

- problemas que ella acarrea. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.aidp.com.ar/wp-content/uploads/2012/09/mlmquantif.pdf>*
57. POSNER, RICHARD A., "El Análisis Económico del Derecho" Fondo de Cultura Económica, Mexico, Ed. 1992.
 58. REGLERO CAMPOS, Fernando. "El nexa causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y la fuerza mayor. La concurrencia de culpas." *Tratado de Responsabilidad Civil*. Navarra: Aranzandi, 2002.
 59. SALVI, Cesare. Voce: "Responsabilità IV. Responsabilità extracontrattuale b. Diritto Vigente".
 60. SALVI, Cesare. Voce: "Risarcimento del danno".
 61. SALVADOR CORDECH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan Antonio. *Negligencia, causalidad y responsabilidad objetiva de las administraciones públicas*. Barcelona, www.indret.com, 2002.
 62. SEMINARIO STULPA, Eduardo. "Responsabilidad civil: breves comentarios acerca de la propuesta de enmienda". En: CONGRESO INTERNACIONAL. UNIVERSIDAD DE LIMA. *Diez años del Código Civil Peruano. Balance y perspectivas*. Tomo I Lima: W.G. E.I.R.L., 1994.
 63. STEINER, Henry. Justification and Social Vision in Common Law Change. Citado por DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Volumen IV, tomo I.
 64. STEVEN M SHAVELL, Es inmoral el incumplimiento contractual, en Estudios de Derecho Contractual, Editorial Ius Et Veritas, Primera Edición, Lima 2014.
 65. SCOGNAMIGLIO, "Responsabilidad contractual y extracontractual".
 66. TABOADA CORDOVA, Lizardo, óp. cit., p.31. SEMINARIO STULPA, Eduardo. "Responsabilidad civil: breves comentarios acerca de la propuesta de enmienda". En: CONGRESO INTERNACIONAL. UNIVERSIDAD DE LIMA. Diez años del Código Civil Peruano. Balance y perspectivas. Tomo I Lima: W.G. E.I.R.L., 1994
 67. TABOADA CORDOVA, Lizardo, Elementos de la Responsabilidad Civil, Editorial Jurídica Grijley, Segunda Edición, Perú 2003.
 68. TANZI, Silvia Y. "La reparabilidad de la pérdida de la chance". En: La Responsabilidad: Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg. Abeledo Perrot.
 69. TELLINI, Avellina y Alejandro PIERCY. Criterios para la Determinación de Indemnizaciones por Violación a Estándares Mínimos de Tratamiento de Inversiones en Casos de Arbitraje de Inversión Internacional. Tesis para optar por el título de Licenciados en Derecho. En: <http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t12-criterios_para_la_determinacion_de_indemnizaciones_por_violacion_a_estandares_minimos.pdf>
 70. VISINTINI, Giovanna. "La responsabilidad civil extracontractual en el código civil peruano. Comparación con los modelos del civil law". (Traducción por Yuri Vega Mere). Congreso Internacional Universidad De Lima, *Diez años del Código Civil Peruano. Balance y perspectivas*. Tomo II. Lima, 1994.
 71. WÖSS, Herfried. Indemnización. En: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2815/14.pdf>>