

## Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984

Sumario:

Principales semejanzas y diferencias entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

CATHEDRA

52

**Felipe Osterling Parodi**  
**Mario Castillo Freyre**

Profesores de Derecho de las Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima

*Si se tuviera que formular un análisis objetivo sobre el Derecho Peruano del Siglo XX, habría que afirmar, sin duda, que el Código Civil de 1936 constituyó -por su prolongada vigencia de cuarentiocho años- el referente más notorio de la legislación nacional.*

*En este Siglo, el Código de 1852 (no obstante ser el que más tiempo ha regido en el Perú) tuvo su eclipse, el mismo que empezó a producirse desde que iniciara sus trabajos la memorable Comisión Reformadora, en 1922, sanmarquina en origen y composición, la misma que cumplió con la difícilísima tarea de actualizar el Derecho positivo civil en el Perú, acercándolo a la doctrina y legislación imperantes en la tradición jurídica romano germánica europea y latinoamericana.*

*El Código de 1936 representó el gran salto cualitativo de la historia del Derecho Civil republicano. Quienes lo elaboraron fueron juristas de nota insuperable, como Juan José Calle, Pedro M. Oliveira, Alfredo Solf y Muro y -sobre todo- Manuel Augusto Olaechea, cuya brillantez imprimió un sello especial al importantísimo Libro V de ese cuerpo legislativo, sobre Derecho de Obligaciones y Contratos, columna vertebral del Código, quien además se constituyó en el mito del Abogado en ejercicio de este Siglo.*

*Pero San Marcos también tiene otro símbolo de igual magnitud en el campo académico y docente, quien fue Decano de su Facultad de Derecho y Rector de la Universidad: el ilustre maestro Don José León Barandiarán, hombre de inmensa valía personal e intelectual, cuya obra escrita lo convirtió en el comentarista por excelencia del Código de 1936, a la par*

que en el catedrático más notable del Siglo que termina, no sólo en las aulas de su Facultad, sino también en las de otras Universidades en las que dejó honda huella entre sus alumnos, muchos de los cuales se constituyeron rápidamente en los profesores más notables de la segunda mitad del Siglo XX.

La enorme fama de León Barandiarán, fue tan grande como su modestia y bonhomía. El cariño y la admiración que generó entre quienes lo conocieron hizo que su figura se constituyera en símbolo permanente e inequívoco del medio jurídico peruano y digno de todos los honores y homenajes que sus alumnos, e incluso quienes por su juventud no tuvieron la suerte de conocerlo sino a través de su magnífica obra escrita, le han rendido de manera permanente, en vida y desde su fallecimiento, en 1987.

El Derecho Peruano no sólo debe a León Barandiarán haber conocido a profundidad los alcances del Código de 1936, sino que se convirtió en cita obligada de todos quienes luego hemos escrito en nuestro país y de renombrados profesores de toda América Latina.

Sin embargo, el maestro José León Barandiarán no fue reacio a los cambios en nuestras leyes y desde que se iniciaron los trabajos de reforma del Código Civil de 1936, participó con enorme talento en su elaboración. El día en que fue promulgado el Código de 1984, recibió una cerrada ovación de todos los asistentes a la ceremonia que tuvo lugar en Palacio de Gobierno. Fue uno de los pocos miembros de la Comisión Reformadora que no faltaba a ninguna de las sesiones y que ponía sus mejores esfuerzos en todas ellas.

Por lo expresado, los autores de este trabajo, ex-alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, admiradores de la persona y obra de León Barandiarán, nos aunamos a este homenaje que los actuales estudiantes sanmarquinos -reunidos por la Revista *Cathedra*- le rinden de manera muy justa y plausible, en acto que hubiera abrumado al

gran maestro y que enaltece a quienes hoy aprenden el Derecho y su honesto ejercicio desde las aulas de la Universidad Decana de América.

Felipe Osterling Parodi  
Mario Castillo Freyre

Si hay una materia que en el Derecho de hoy en día suscita controversias, muchas veces no pacíficas, es la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

Como sabemos, una considerable corriente de la doctrina aconseja unificar las responsabilidades en una sola. Y ello -en principio- parecería lógico, por cuanto si bien las obligaciones nacen de diversas fuentes, en tanto contengan los requisitos que las ubican dentro del concepto de obligación civil (sujetos, objeto o prestación, vínculo jurídico, carácter patrimonial y causa), su fuente resultaría irrelevante. Se trataría en todos los casos de obligaciones civiles.

Sin embargo, en opinión nuestra, la responsabilidad en caso de incumplimiento de una obligación proveniente de un contrato amerita un tratamiento distinto al caso del incumplimiento del deber genérico de no dañar a otro, como ocurre en sede de responsabilidad extracontractual.

En la responsabilidad contractual lo que se sanciona es el incumplimiento de una obligación civil; en la responsabilidad extracontractual no preexiste obligación civil alguna, por cuanto no hay un vínculo jurídico entre las partes, pues la obligación recién se genera como consecuencia del incumplimiento de un deber (el de no dañar, por ejemplo), es decir, de la comisión de un acto ilícito. Esta obligación civil coincide con la responsabilidad; se podría afirmar que ambas nacen juntas<sup>1</sup>.

CATHEDRA

53

1. Un aspecto que suele preocupar a algunos autores resulta de la responsabilidad que puede derivarse del incumplimiento de una obligación que, a su vez, provino de la responsabilidad generada por acto ilícito. Es decir, una vez creado el vínculo jurídico entre dos partes, que se constituyen en acreedor y deudor, producto de la infracción o incumplimiento del deber de no dañar a otro, se ha generado una obligación civil entre ambos; y dictada la sentencia de reparación civil y realizada la liquidación correspondiente a la evaluación de los daños (daño emergente, lucro cesante, daño a la persona, daño moral, daño a las expectativas, pérdida de oportunidades, etc.), dicha obligación ha devenido en plenamente exigible, debiendo pagar el deudor al acreedor la indemnización por los referidos daños y perjuicios.

¿El incumplimiento, o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por parte del deudor de esta prestación estaría sujeto a las normas sobre inejecución de obligaciones? Definitivamente no, puesto que ya no hay responsabilidad

El tratamiento de cada una de las dos clases de responsabilidad ha de ser, necesariamente, distinto. Esa es la razón de que coexistan dos sistemas de responsabilidad en nuestro Código. El origen de cada una de ellas es diferente y, por tanto, no pueden ser objeto de igual regulación. La responsabilidad extracontractual se rige con base en criterios subjetivos y objetivos (la teoría del riesgo creado), en tanto que la llamada responsabilidad contractual se genera con base en criterios subjetivos (existencia de dolo o culpa).

No compartimos la denominación de «responsabilidad contractual» (el Título correspondiente del Código Civil Peruano es «Inejecución de Obligaciones»), por cuanto las normas sobre inejecución de obligaciones se aplican no sólo a las obligaciones derivadas del incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de los contratos, sino a todas las obligaciones civiles que no se encuentren expresamente reguladas en la Sección de la Responsabilidad Extracontractual (artículos 1969 a 1988 del Código Civil Peruano). Así, se incluyen dentro de aquel Título a los contratos en general, a los contratos nominados, a la gestión de negocios, al enriquecimiento sin causa, a la promesa unilateral y, en general, a los contratos innominados, a numerosas obligaciones previstas legalmente y a todos aquellos casos, ajenos al Derecho Civil, en que se vulnera una relación obligacional preexistente, salvo que la ley, en esta última hipótesis, opte por una sanción específica distinta a la del Derecho común.

Con idéntico razonamiento, tampoco resulta idónea la denominación «responsabilidad extracontractual», ya que ésta incluiría -por tratarse de actos ajenos a la esfera contractual- a la responsabilidad proveniente de la inejecución de obligaciones derivadas de la gestión de negocios, del enriquecimiento sin causa y de la promesa unilateral, y ello, por cierto, no es así.

Sin embargo, a pesar de las salvedades que acabamos de anotar, y sopesando la costumbre jurídica de preservar la gran clasificación, no obstante las atingencias de orden teórico, nuestro Código ha mantenido bajo el rubro «responsabilidad extracontractual» a aquella proveniente de los actos ilícitos, con el propósito de evitar confusiones entre los operadores del Derecho, para quienes es clara la aplicación de tales normas. Como sabemos, este empleo del término «extracontractual» a la responsabilidad proveniente de acto ilícito no es autoría peruana, sino que está extendido por toda la tradición romano-germánica, con pocas excepciones (como aquellos países en donde se denomina «acto ilícito»).

Pero el tema no se agota en este punto, sino que, por el contrario, va mucho más lejos en cuanto a su complejidad. Es muy distinto ser deudor o ser victimario. Esta constituye, a nuestro entender, la premisa o eje central del que parte la conveniencia de conservar la separación de la responsabilidad en dos grandes categorías.

Sin embargo, ocasionalmente existen dificultades en apreciar si el agente ha incurrido en responsabilidad contractual o extracontractual, es decir, si tiene la condición jurídica de deudor o de victimario, pues los linderos entre ambas clases de responsabilidad pueden resultar muy tenues.

A modo de ejemplo, citaremos el antiguo -y ya zanjado- caso del cirujano que por negligencia ocasiona el fallecimiento del paciente. Debido a la mística que siempre originó la profesión de médico, la doctrina fue reacia durante mucho tiempo a aceptar que existía un contrato (por considerar que se mercantilizaba la «santa» profesión de la medicina) entre médico y paciente. Sin embargo, este obstáculo fue superado hace ya más de sesenta años<sup>2</sup>.

que evaluar, ya se está en la etapa de las indemnizaciones; de lo contrario, se caería en el círculo vicioso de tener que determinar si el incumplimiento de esta obligación indemnizatoria es doloso o culposo, con la consecuente reparación de daños y perjuicios. Sería como un cuento sin fin, con yuxtaposición de normas con criterio y lógica distintos. Una vez llegada la etapa de indemnización, su incumplimiento puede conducir, directamente, a la ejecución del patrimonio del deudor.

2. MAZEUD, Henri y León, y TUNC, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Traducción de la Quinta Edición. Tomo I, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961. Págs. 208 y 209.

Ahora bien, en el caso de la responsabilidad (llamada también «profesional», como si esta distinción fuese a darle una categoría jurídica distinta) del médico, debemos aclarar que si bien por regla general ella se genera dentro de un marco contractual entre él y su paciente, pueden darse situaciones en que se produzca un daño sin que exista contrato entre ambos.

Este sería el caso en que el paciente no ha podido manifestar su voluntad de ser tratado por el médico, o cuando, de existir tratativas, no se llegó a dar un contrato propiamente dicho (en situaciones excepcionales, como emergencias, por citar el ejemplo más frecuente). El caso más usual lo constituye el del galeno que está viajando y en el camino se encuentra con una situación de emergencia ocasionada por un accidente vehicular, y presta auxilio a las personas que encuentra heridas. Evidentemente, en este supuesto, de por sí nada extraño, cada una de las acciones del médico, así como sus omisiones, podrían ocasionar daños. Aquí es difícil para la doctrina ponerse de acuerdo acerca de si se trata de un caso de responsabilidad extracontractual (o derivada de acto ilícito) o de responsabilidad derivada de un cuasicontrato, que a pesar de sus diferencias con el contrato, se asimila más a éste por sus efectos que a la responsabilidad extracontractual.

Otro caso lo constituye el del transportista, especialmente el supuesto en que una persona acepta trasladar a otra gratuitamente a un lugar que se encuentra en su camino, o a su destino final. De ocurrir un accidente en que el chofer tiene culpa por negligencia al conducir, y como resultado de ese accidente el transportado sufre lesiones, ¿ante qué supuesto de responsabilidad nos encontraríamos? ¿Estamos acaso ante un contrato a título gratuito?<sup>3</sup>

Consideramos que al no existir vínculo jurídico obligacional que pueda facultar al transportado a exigir al transportista el cumplimiento de su obligación, por pertenecer ésta más al ámbito de los deberes («deber de

honrar su palabra»), no existe contrato. Por tanto, este supuesto sería uno de responsabilidad extracontractual.

En caso de existir un contrato, pero que el daño se hubiera producido en situación que genera dudas acerca de su naturaleza, se ha propuesto, en ocasiones, utilizar la llamada «acumulación» de responsabilidad contractual y extracontractual.

La Corte de Casación Francesa ha descartado el principio de la «acumulación» de responsabilidades, término además impropio por dejar la impresión de que la víctima o, en su caso, sus herederos, pudieran ejercitar dos acciones distintas, una para la reparación de los daños y perjuicios contractuales y la otra para la reparación de los daños y perjuicios extracontractuales.

Ese Tribunal ha establecido que «cuando se hayan llenado los requisitos que le otorgan una naturaleza contractual a la responsabilidad, la víctima no puede invocar, aun cuando tuviera interés en ella, las reglas de la responsabilidad delictual»<sup>4</sup>.

Sobre la acumulación de responsabilidades, Max Arias-Schreiber<sup>5</sup> considera que cabe señalar también que aun cuando se trata de un tema doctrinariamente discutido y existe un fuerte movimiento hacia la unificación, no es admisible acumular en un caso de responsabilidad las normas más beneficiosas de la responsabilidad contractual con la extracontractual.

Esto significa, por lo tanto, que el perjudicado tiene una doble vía, siendo autónoma una de la otra: si el incumplimiento se origina o tiene su punto de partida en la pre-existencia de una obligación, la responsabilidad será contractual. Si, por el contrario, el incumplimiento no emana de una obligación sino de un deber genérico, la responsabilidad será extracontractual.

Ha sido frecuente, en el caso del transporte de personas, que el pasajero, si sobrevive, o sus herederos, si el accidente había sido

3. Sobre este particular consultar MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André. Op. cit., Tomo I. Volumen I, Págs. 160 y 161.

4. MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960. Pág. 46.

de consecuencias mortales, atribuyeran al transportista, a diferencia del portador de mercaderías, una responsabilidad extracontractual. La Corte de Casación Francesa ha resuelto, sin embargo, que el transportista de personas está ligado contractualmente por una obligación de seguridad y que ésta era determinada: conducir al pasajero, con toda seguridad, a su destino. Se ha asimilado al transportista de personas con el portador de mercaderías.

Reviste, pues, particular importancia distinguir la inexecución de una obligación contractual de la inexecución de una obligación extracontractual, ya que sus consecuencias jurídicas son diferentes.

Al respecto, Malaurie y Aynés<sup>4</sup> señalan que existen dos responsabilidades civiles: la delictual y la contractual. Según ellos, muchos rasgos las distinguen. En una y no en otra, el contenido de la obligación se refiere a la voluntad; y de esta diferencia de principio se desprende toda una secuela de consecuencias técnicas. Agregan que un autor inglés ha recalcado que su espíritu es distinto.

A decir de los profesores citados, esta dualidad plantea dos problemas de interferencia. El primero es saber si la víctima puede escoger libremente el tipo de responsabilidad civil en la que fundamenta su acción de reparación del daño, lo que se conoce con el nombre de problema de la opción. El segundo es saber si la víctima tendría la posibilidad de combinación, apelando simultáneamente a varias normas diferentes de responsabilidad, lo que se conoce como el problema del cúmulo (acumulación). Se presiente que en general -mas no siempre-, no serán posibles ni la opción, ni la acumulación, pues cada responsabilidad tiene su dominio. Sin embargo, a veces la rigidez de la prohibición es molesta y tiende a suavizarse.

Según René Demogue<sup>7</sup>, las relaciones entre la responsabilidad delictiva y la responsabilidad contractual implican dificultades. Se trata de determinar si los dos tipos de respon-

sabilidad son diferentes o si sólo hay una categoría de responsabilidad. Si se opta por la primera solución, entonces precisa conocerse si con respecto a la ejecución de un contrato puede haber responsabilidad delictiva. El problema es únicamente de técnica jurídica o, de manera más precisa, de construcción jurídica. Se trata, según el profesor francés, de saber si las normas adoptadas por la ley o admitidas en la práctica en los dos casos (incumplimiento de un contrato o acto ilícito) son diferentes o idénticas; si podemos dar dos nociones distintas o una sola.

Así, a decir de Demogue, no se debe proceder por la vía deductiva, sino por la vía de constatación y de comparación; siendo el segundo problema de naturaleza más compleja.

En esencia, en la responsabilidad contractual las partes están vinculadas por una obligación convencional, por la inexecución culpable o dolosa de una obligación emanada de la voluntad. En la responsabilidad extracontractual o delictual, en cambio, no existe convención alguna de por medio, presentándose por el ataque injustificado a un derecho que la ley cautela y que, por consiguiente, obliga a reparar.

Refiriéndose a la hipótesis de la llamada responsabilidad contractual, Messineo<sup>8</sup> expresa que ésta consiste en el incumplimiento total o parcial imputable al deudor. Este incumplimiento es susceptible de presentarse en dos aspectos: puede ocurrir que el incumplimiento sea voluntario, debido a la intención del deudor de no cumplir (dolo), indiferentemente de si se trata de obligación con prestación de dar, de hacer o de no hacer. El otro caso sería que el cumplimiento se haya hecho imposible (objetivamente) porque así lo hubiere convertido la negligencia (culpa) del deudor. Se tiene, también aquí, una causa imputable al deudor.

Para Messineo, tanto en uno como en el otro caso, se perfila la llamada responsabilidad contractual, puesto que en ambos supuestos el

5. ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Volumen II, Ediciones San Jerónimo. Lima, 1986. Pág. 55

6. MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Droit Civil. Les Obligations. Editions Cujas, París, 1992. Pág. 481.

7. DEMOGUE, René. Traité des Obligations en Général. Tomo V, Librairie Arthur Rousseau. París, 1925. Pág. 523.

comportamiento del deudor es ilícito, y se habla de dolo o de culpa contractual, o bien se podría decir que se trata de culpa *in adimplendo* (y el mismo término podría aplicarse al dolo).

El citado tratadista italiano correctamente precisa que al decir «contractual» se quiere expresar no solamente que se trata de dolo o culpa que es causa de incumplimiento de la obligación derivada *de contrato*, sino de dolo o culpa que, de una manera más general, es causa de *incumplimiento de una obligación ya existente, aunque su fuente sea diversa del contrato* (como la promesa unilateral, la ley, etc.).

Messineo acota -y este punto reviste suma relevancia- que se suele contraponer la culpa contractual al dolo y a la culpa extracontractual, que constituyen el dolo o la culpa que dan lugar, no ya a incumplimiento, sino a lesión del derecho ajeno. De éste último nace, después y a causa del acto doloso o culposo, una obligación que tiene un contenido típico y constante: el de resarcir el daño inferido. Esta última forma de dolo o culpa (llamada también *aquiliana*) configura un acto ilícito, denominado «delito civil».

Comentan Malaurie y Aynés<sup>9</sup> que algunos autores estiman que para lo esencial hay identidad entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual. No obstante ello, las diferencias de régimen son tan numerosas que se puede hablar de dos órdenes de responsabilidad; éstas no existen en todos los puntos, no todas tienen la misma importancia y se atenúan progresivamente por el desarrollo de las responsabilidades legales. Estas diferencias obligan a delimitar sus respectivos campos y a examinar luego su combinación.

A decir de los profesores citados, las diferencias de condiciones entre los dos órdenes de responsabilidad pueden darse ya sea en la naturaleza de las cosas o en la política legislativa. Las primeras son ineluctables; las segundas pueden desaparecer o atenuarse.

Entre quienes se encuentran de acuerdo con la unificación de la responsabilidad po-

demostramos citar a Wayar<sup>10</sup>, quien considera que está impuesta la tesis de la unidad conceptual. En ella se afirma que la responsabilidad -nacida de cualquier fuente- requiere presupuestos comunes: a) antijuridicidad; b) imputabilidad; c) daño; d) causalidad. El incumplimiento desempeña un papel esencial en la órbita «contractual», dado que constituye su primer presupuesto, como que es un obrar antijurídico; pero no obstante ello, para que el sujeto que incumple sea responsable son necesarios e imprescindibles los restantes presupuestos enunciados (imputabilidad, daño y causalidad). Así, a decir de Wayar, en la base misma de esta especie de responsabilidad está presente el incumplimiento.

Consideramos que si bien existe una cierta proclividad de parte de la doctrina hacia la unificación de las responsabilidades, los hechos que las originan son de género muy distinto; esto trae como consecuencia un tratamiento diverso en numerosos aspectos, según el caso (sea inejecución de obligación existente o responsabilidad por acto ilícito). A la postre, de adoptar el criterio unificador, habría tal número de salvedades y excepciones, que la normatividad devendría en inútilmente confusa. La separación de las dos categorías de responsabilidad es, pues, a nuestro criterio, más conveniente. En particular, debido a que -como hemos manifestado anteriormente- la responsabilidad derivada de acto ilícito obedece a criterios subjetivos (dolo o culpa) y objetivos (teoría del riesgo creado), en tanto que la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones ya existentes requiere puramente de elementos de índole subjetivo (culpa, dolo).

#### PRINCIPALES SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

Resulta imprescindible, luego de revisar las opiniones de destacados autores, así como la *ratio legis* de nuestro propio ordenamiento sobre la materia, ensayar una relación de los

8. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979. Págs. 233 y 234.

9. MALAURIE, Philippe y AYNÉS, Laurent. Op. cit., Págs. 481 y 482.

10. WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil. Obligaciones, Tomo I, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1990. Pág. 498.

aspectos y efectos más relevantes que se desprenden de las dos categorías de responsabilidad, producto de las diferencias y similitudes existentes entre ambas.

### 1.- En cuanto al origen del resarcimiento

El deudor, en la responsabilidad por inexecución de obligaciones, sólo está obligado a indemnizar cuando incumple la obligación por dolo o por culpa, salvo que haya asumido las consecuencias de la ausencia de culpa.

En la responsabilidad extracontractual, en cambio, existe un criterio distinto. En los actos ilícitos se toma en cuenta la existencia del daño, esto es, el desequilibrio con virtualidad jurídica suficiente para imponer al agente el deber de la reparación. En la responsabilidad extracontractual operan, para efectos indemnizatorios, el dolo y la culpa y, en adición, el riesgo creado, concepto -este último- ajeno a la responsabilidad por inexecución de obligaciones.

### 2.- Magnitud del resarcimiento en cuanto a la causa que origina el daño

En la responsabilidad por inexecución de obligaciones («contractual»), el deudor que incurre en culpa leve sólo responde de los daños y perjuicios que podían preverse al momento de constituir la obligación. El deudor que incumple la obligación por culpa inexcusable o dolo responde tanto de los daños y perjuicios previsibles como de aquellos imprevisibles.

En la responsabilidad extracontractual el victimario responde de los daños y perjuicios previsibles e imprevisibles, estando siempre obligado, por tanto, a la reparación integral.

La ley peruana, como la mayoría de legislaciones, no distingue, en la responsabilidad por acto ilícito, entre la indemnización de los daños y perjuicios previsibles e imprevisibles.

Sobre el particular, Malaurie y Aynés<sup>11</sup> señalan que la reparación del daño imprevisible sólo existe en materia delictual.

Por su parte, Demogue<sup>12</sup> recuerda que se ha dicho que en las obligaciones «delictivas» se tenía en cuenta incluso la falta más leve, aplicando el adagio: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*; y que, por el contrario, en los contratos se debía tener una falta de cierta gravedad. Sin embargo, Demogue sostiene que la norma *in lege Aquilia* era inexacta y no veía una razón para no oponerla a ambas responsabilidades.

Rezzónico<sup>13</sup>, refiriéndose a las diferencias existentes entre la culpa contractual y la extracontractual o delictual y cuasidelictual o aquiliana, anota que aparte de la clasificación tripartita clásica, existe también una clasificación dual de la culpa, que ha estado en boga en la doctrina francesa desde hace más de medio siglo, y que es sostenida por Huc y Colin y Capitant, entre otros, y admitida por el Código Civil Argentino.

Se trata, según Rezzónico, de distinguir entre culpa contractual y culpa delictual, extracontractual o aquiliana. Se entiende por culpa contractual la que se comete en ocasión del cumplimiento de un contrato de compraventa, locación de cosas, servicios u obra, depósito, sociedad, etc., y consiste en violar una obligación convencional; y culpa extracontractual, delictual o aquiliana es «un hecho u omisión culpable (cuasidelito) o dolosa (delito), productivo de obligaciones, que ocurre entre dos o más personas jurídicamente extrañas una a otra». Como ejemplo, el citado profesor propone el de un accidente de tránsito causado por culpa de un chofer, caso en el cual también responde su patrón.

Recuerda que «por culpa extracontractual -dijo la Cámara Nacional Civil de la Capital Argentina en fallo publicado en «La Ley» el 31 de diciembre de 1954, N° 36.162- debe entenderse la violación del derecho ajeno, cometida por negligencia del agente, fuera de

11. MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Pág. 483.

12. DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo V, Pág. 527.

13. REZZONICO, Luis María. Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1961. Págs. 152 y 153.

toda relación convencional y que trae como consecuencia para el mismo la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado»; siendo ésta la definición que adopta Alfredo Colmo.

### 3.- En lo referente a las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad

En la ley peruana las cláusulas o convenios de exoneración o limitación de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable son nulos, tanto en las obligaciones contractuales como en la responsabilidad extracontractual (artículos 1328 y 1986 del Código Civil, respectivamente).

Sin embargo, si bien ambas normas admiten los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad derivada de culpa leve, si se trata de un pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o los terceros de quienes éste se valga para el cumplimiento de la obligación, violen obligaciones derivadas de normas de orden público (argumento del segundo párrafo del artículo 1328), dicho pacto sería nulo. No existe norma similar en la responsabilidad extracontractual, pero a tenor del artículo 219, inciso 8, que remite al artículo V del Título Preliminar del Código Civil, ese acto jurídico también sería nulo.

Demogue<sup>14</sup> señala que no nota ninguna distinción entre las dos categorías de responsabilidad con respecto a las cláusulas o convenios de exoneración, pues las exoneraciones convencionales plantean las mismas dificultades en los dos casos.

### 4.- En cuanto a la naturaleza de la prestación resarcitoria

La indemnización de daños y perjuicios por inexecución de obligaciones contractuales usualmente consiste en una suma de dinero, pero nada se opone a que en una eventual cláusula penal se pacte cualquier otra prestación de dar, o prestaciones de hacer o de no hacer, para los efectos del resarcimiento.

La reparación por acto ilícito, en la legislación peruana, está siempre constituida por dinero.

Malaurie y Aynés<sup>15</sup> consideran que ambas responsabilidades son iguales en cuanto a la reparación en naturaleza o por equivalente.

No obstante lo señalado, anotamos que no existe inconveniente para que -luego de producido el daño- tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual, acreedor y deudor convengan en celebrar una dación en pago o una novación objetiva, a través de la cual se acuerde que el resarcimiento se efectuará ya sea en moneda extranjera, en algún otro bien, o mediante cualquier prestación de hacer o de no hacer.

### 5.- En cuanto a la reparación del daño moral y del daño a la persona

El daño moral es susceptible de ser reparado tanto en caso de haber sido ocasionado por inexecución de obligaciones, como por responsabilidad extracontractual, en virtud de lo establecido por los artículos 1322 y 1984, respectivamente, del Código Civil Peruano.

Sin embargo, el artículo 1985 del Código, relativo a la responsabilidad extracontractual, al referirse a lo que comprende la indemnización, alude, entre otros conceptos, al daño a la persona y al daño moral. La responsabilidad contractual no se refiere a la reparación del daño a la persona.

### 6.- En lo que respecta a la responsabilidad en las obligaciones solidarias

La solidaridad en las obligaciones contractuales, al menos como regla general, nunca se presume (artículo 1183 del Código Civil, que señala expresamente que la solidaridad no se presume, y que sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa).

En cuanto a la solidaridad en el caso de responsabilidad contractual, el artículo 1195

14. DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo V, Pág. 528.

15. MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Pág. 483.

del Código Civil establece que «El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida. El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento.»

Al respecto, en otro trabajo hemos expresado que la solidaridad, y especialmente la solidaridad pasiva, implica una forma de contraer la obligación agravando la situación de los codeudores, de modo tal que esta característica, más allá de si su ejecución resulta posible o no, se trasladará a la indemnización por los daños y perjuicios que eventualmente se causen al acreedor o acreedores comunes, con la restricción de que los no culpables sólo indemnizan solidariamente hasta por el íntegro del valor de la prestación incumplida, mientras que los culpables responden, también solidariamente, por el total de la indemnización debida. Empero, en las relaciones internas entre los codeudores, sólo los culpables asumirán el íntegro de la indemnización.

En la responsabilidad por acto ilícito, si son varios los causantes del daño, todos ellos quedan obligados solidariamente por mandato de la ley (artículo 1983 del Código Civil). Dicha norma establece que, en estos casos, quien paga la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción en función a la gravedad de la falta de cada uno de los participantes, salvo que sea imposible determinar esta proporción, en cuyo caso la repartición se realiza por partes iguales.

#### 7.- En lo que respecta a la responsabilidad en las obligaciones indivisibles

En materia de responsabilidad contractual, las partes pueden estar ante el eventual incumplimiento de una obligación indivisible,

habida cuenta que la indivisibilidad puede provenir de la ley, de la naturaleza de la prestación (supuesto más frecuente), y de la forma cómo los contratantes se hayan obligado, ya que en virtud de la autonomía de la voluntad, tienen la potestad de tornar en indivisible aquello que por naturaleza es divisible.

El Código Civil Peruano regula en su artículo 1180 el caso del incumplimiento culposo o doloso de la obligación indivisible, no habiendo tratamiento al respecto para la responsabilidad extracontractual, en donde sólo se aborda el tema antes analizado de la solidaridad.

El referido artículo 1180 establece que «La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda.»

Respecto al análisis de esta norma, remitimos al lector al estudio del incumplimiento culposo o doloso de una obligación indivisible y/o solidaria que efectuamos en nuestro Tratado de las Obligaciones<sup>16</sup>.

#### 8.- En cuanto a los plazos prescriptorios

En lo relativo a la prescripción de las acciones respectivas, la ley peruana establece que la acción por daños y perjuicios derivada de la inexecución de obligaciones contractuales prescribe a los diez años (artículo 2001, inciso 1 -por ser una acción personal-), mientras que la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años (artículo 2001, inciso 4).

Refiriéndose al Derecho Francés, Malaurie y Aynés<sup>17</sup> precisan que la duración de la prescripción no es la misma en los dos órdenes de responsabilidades. Muchas responsabilidades contractuales de determinados con-

16. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo III, Págs. 169 a 189. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994.

17. MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Págs. 482 y 483.

tratos especiales tienen un plazo prescriptivo más reducido que el del Derecho común.

De esta forma, por ejemplo, la garantía de los vicios ocultos a la que está obligado el vendedor debe ser invocada en «breve plazo» (artículo 1648, primer párrafo, del Código Francés). En el caso peruano, los plazos para plantear las acciones redhibitoria y estimatoria (artículos 1511 y 1513 del Código Civil) caducan a los tres meses si se trata de bienes muebles y a los seis, si fuesen inmuebles, computándose los mismos desde el momento de la recepción del bien (aunque cabe observar que aquí el legislador habla de caducidad y no de prescripción).

Igualmente -señalan Malaurie y Aynés-, la responsabilidad que resulta del contrato de construcción se somete a un plazo de prueba de diez o de dos años, según se trate o no de elementos de equipamiento (artículo 2270 del Código Civil Francés, modificado por la ley del 4 de enero de 1978). Cabe recordar que en el caso peruano rigen la materia los artículos 1784 y 1785 del Código Civil.

#### 9.- La responsabilidad y la novación de las obligaciones

Relacionándose la cuestión de la unidad o de la dualidad de responsabilidad con la técnica, Demogue<sup>18</sup> expresa que es peligroso resolverla apoyándose en contribuciones técnicas, pues a medida que éstas se amontonan sobre las otras, aquéllas se alejarán de sus bases comunes.

Refiere el acreditado profesor francés, que se ha dicho en favor de la unidad de responsabilidad que después de una obligación contractual puede producirse una imposibilidad de ejecución por culpa del deudor, y la

deuda llegar a extinguirse forzosamente por falta de objeto (argumento del artículo 1302 del Código Civil Francés). Entonces, nace de la ley otra obligación que está sometida al artículo 1382 de dicho Código.

Señala Demogue que esta construcción técnica le parece criticable, pues corresponde mal al hecho de que las garantías de la deuda primitiva fortalecen la deuda y, por tanto, la obligación de pago por daños y perjuicios en ejecución<sup>19</sup>.

Compartimos el criterio de Demogue en cuanto a que los tecnicismos exacerbados contribuyen poco o nada a dilucidar materias de índole sustancial. Más bien en muchas ocasiones, como en los ejemplos propuestos por este profesor, alejan a las instituciones de sus bases conceptuales.

Recuerda Demogue<sup>20</sup> que un sector de la doctrina estima que mientras la indemnización por acto ilícito deriva de la ley, la verdadera causa de la obligación de abono por daños y perjuicios contractuales reside en una cláusula tácita del deudor en la que acepta indemnizar al acreedor en caso de incumplimiento. Para Demogue -y evidentemente nosotros coincidimos con esta apreciación-, la obligación de indemnizar es más que una cláusula tácita. Las partes fijan el contenido del contrato, pero la ley determina, por lo menos parcialmente, sus sanciones, las que no están plenamente a disposición de las partes, de donde surgen las controversias sobre las cláusulas de no-responsabilidad.

Rezzónico<sup>21</sup> recuerda que sosteniendo la teoría de la pluralidad, dicen Baudry-Lacantinerie, Colin y Capitant, Huc y otros juristas, que la culpa contractual difiere de la extracontractual porque la culpa contractual supone una obligación concreta preexistente, con-

CATHEDRA

61

18. DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo V, Págs. 526 y 527.

19. Demogue añade que la interpretación dada aquí al aludido artículo 1302 es inexacta. El artículo dice: si el objeto del contrato llega a perecer, «la obligación se extingue si la cosa ha perecido o se ha perdido sin la culpa del deudor». Se concluye que la obligación no se extingue si la cosa pereció por culpa del deudor. Además, hay que reconocer que después de la extinción de la cosa, el crédito tiene un nuevo objeto: la indemnización, y ésta presenta lazos tan estrechos con el crédito primitivo, que la construcción técnica que consiste en oponerlas es de las más forzadas.

Así, estima Demogue que querer amontonar entonces sobre esta construcción técnica otra construcción abstracta es obrar con un valor muy provisorio.

20. DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo V, Pág. 529.

traída con anterioridad, mientras que la culpa delictual no sólo tiene independencia de tal obligación preexistente, sino que ella misma es la fuente de una obligación nueva, es el hecho dañoso el que crea el vínculo obligacional. En otras palabras, la culpa derivada de acto ilícito es fuente de la obligación, mientras que la culpa contractual es simplemente efecto de la obligación.

Esta diferencia constituye, a nuestro entender, pieza fundamental de distinción entre un tipo de responsabilidad y el otro. Como sabemos, nuestro sistema recoge la dualidad («pluralidad», como la denominan los autores citados) de sistemas de responsabilidad, y conceptualmente su diferencia se basa en que la llamada responsabilidad contractual proviene de la inexecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación preexistente, en tanto que la llamada responsabilidad extracontractual -que, como hemos manifestado en reiteradas oportunidades, proviene de daños ocasionados por actos ilícitos- es en sí misma una fuente de obligaciones.

A decir de Max Arias-Schreiber Pezet<sup>22</sup>, interesa deslindar los alcances de una y otra responsabilidad. En tanto que desde el punto de vista genérico la responsabilidad contractual es consecuencia de una obligación preexistente que se incumple, la responsabilidad extracontractual es simple y llanamente la violación de un deber no obligacional.

En este punto resulta conveniente recordar, según lo expresáramos oportunamente<sup>23</sup>, que creemos en la existencia de la novación legal, la misma que puede revestir dos orígenes. Una primera opera de pleno derecho, en tanto que la otra opera en virtud de resolución judicial. En este último caso, la novación legal se produce por declaración judicial, cuando la extinción de la obligación originaria y la creación de la nueva que la sustituye emanan de una resolución de los Tribunales.

De una revisión efectuada en el Código Civil, logramos extraer trece supuestos representativos de esta clase de novación legal. Dos

de ellos tienen directa relación con el tema de la responsabilidad civil.

El primero está referido a la indemnización de daños y perjuicios derivada de causa imputable al deudor. Estimamos que la obligación de pagar estos daños y perjuicios constituiría un supuesto de novación legal cuando todavía fuera posible el cumplimiento de la obligación, pero, dada su naturaleza, deviniese en jurídicamente imposible exigir su cumplimiento forzoso, pues el mismo tendría que pasar por el empleo de violencia contra la persona del deudor.

De otro lado, conforme a lo previsto por el artículo 1337 del Código Civil, cuando por efecto de la mora del deudor la obligación deviniese inútil para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de daños y perjuicios compensatorios; ello, en virtud de que la mora supone que el cumplimiento de la obligación todavía resulta posible. Dentro de tal orden de ideas, si por efectos de la mora la prestación fuese inútil para el acreedor, se podrían aplicar las referidas consecuencias. En este caso, la indemnización de daños y perjuicios constituiría una novación judicial de la obligación originaria, la misma que no habría devenido en imposible, sino en inútil para el acreedor.

De igual modo, es necesario establecer que si el acreedor, aún siendo posible y útil la prestación, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios en sustitución de la obligación originaria, igualmente se estaría produciendo un supuesto de novación.

El segundo caso de novación legal que opera por resolución judicial, relacionado con el tema que nos ocupa, es el de la indemnización equitativa en caso de daño causado por persona incapaz.

Debe recordarse que de acuerdo a lo establecido por el artículo 1976 del Código Civil, no existe responsabilidad por el daño que haya sido causado por una persona incapaz que hubiera actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

21. REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Pág. 153.

22. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., Volumen II, Pág. 54.

23. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Tercera Parte, Tomo VIII, Págs. 293 y 319.

No obstante ello, el artículo 1977 agrega que si la víctima no ha logrado obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

Es así que podríamos encontrarnos ante un supuesto de novación legal de carácter subjetivo, por cambio de deudor, en la medida en que ya no sería responsable el representante legal del incapaz, sino el incapaz con su propio patrimonio.

#### 10.- En cuanto a si se originan en acciones u omisiones

Demogue<sup>24</sup> expresa que no se puede decir que las obligaciones derivadas de acto ilícito provienen sólo de acciones que son el resultado del principio *neminem laedere*, y que la responsabilidad contractual puede provenir de acciones o de omisiones, pues hay responsabilidades derivadas de acto ilícito causadas por omisión, siendo éste el caso de la falta de precaución y otras similares.

Coincidimos, sin duda, con Demogue, ya que en este aspecto no hay diferencia entre ambos tipos de responsabilidad. Tanto la una como la otra pueden provenir de acciones o de omisiones, o inclusive de una combinación de ambas. Esta consideración resulta plenamente aplicable al Derecho nacional.

#### 11.- En cuanto a la constitución en mora

En relación al tema del requerimiento, Malaurie y Aynés<sup>25</sup> señalan que a veces se dice que por la naturaleza de las cosas es necesario el requerimiento para comprometer la responsabilidad contractual, el mismo que es inútil en la responsabilidad delictual. Pero, en realidad, la cuestión se presenta de otro modo: el requerimiento es necesario siempre que haya un atraso en el cumplimiento de una obligación, la que se puede cumplir todavía, lo que es posible -pero bastante extraño- en la responsabilidad derivada de acto ilícito.

Demogue<sup>26</sup> recuerda que generalmente se propone una diferencia entre las dos responsabilidades con respecto al requerimiento. Esta es exigida por el artículo 1146 del Código Civil Francés, para las indemnizaciones contractuales, pero no se aplica en las indemnizaciones llamadas delictivas, considerando que evidentemente la amplitud de esta constatación está restringida. En efecto, es claro que en materia contractual el requerimiento es necesario si la ejecución no se produce por culpa del deudor. Y, por otro lado, en materia de actos ilícitos, raramente se ve un simple requerimiento para tomar las precauciones, pues de ordinario las indemnizaciones son compensatorias. Sin embargo, puede admitirse que si una persona se descuida en tomar una precaución, ésta se hace responsable desde el momento deseado, caso en el cual un requerimiento podría devenir en inútil.

En el Derecho Peruano hay una diferencia clara y evidente en cuanto al tema del requerimiento. Este no es necesario en materia de responsabilidad extracontractual, o, dicho de otro modo, en responsabilidad derivada de acto ilícito, puesto que desde que se determina el monto a indemnizar, se incluyen los intereses devengados a computarse a partir de la fecha en que se produjo el daño. El tema del requerimiento «para tomar precauciones» no resulta indispensable.

En la llamada responsabilidad contractual, en cambio, existe la institución de la mora. Esta comienza desde el requerimiento del pago, es decir, desde que el acreedor exige al deudor, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. Las excepciones a esta regla son taxativas y se encuentran establecidas en el artículo 1333 del Código Civil.

En cuanto al tema de los intereses, en el Derecho Peruano éstos se devengan, en la responsabilidad derivada por inejecución de obligaciones, desde el día en que el deudor incurre en mora (sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno).

24. DEMOGUE, René. Op. cit. Tomo V, Pág. 528.

25. MALAURIE, Philippe y AYNÉS, Laurent. Op. cit., Pág. 482.

26. DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo V, Pág. 531.

Esta es una diferencia sustancial respecto del tratamiento legal de los intereses en la responsabilidad extracontractual (o derivada de actos ilícitos), pues en esta última el monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

#### 12.- En lo referente a la capacidad del causante del daño

Malaurie y Ayné<sup>27</sup> enseñan que para contraer obligaciones es necesario ser capaz.

En el Derecho Peruano, los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria (artículo 1358 del Código Civil). Esto quiere decir que hay incapaces que pueden contraer obligaciones. Ahora bien, para determinar sin confusiones qué tipo de incapaz es el comprendido en este numeral, debemos remitirnos a las normas en las que el Código Peruano trata acerca de los incapaces, las mismas que distinguen entre incapaces absolutos e incapaces relativos.

No debemos creer que el artículo 1358 del Código nacional sólo se refiere a los relativamente incapaces, ya que de ser así, lo hubiera señalado de modo expreso. Al referirse a los incapaces no privados de discernimiento incluye, ciertamente, a incapaces tanto relativos como absolutos, que reúnan los requisitos establecidos por el citado numeral.

Además, resulta imprescindible recordar que en materia de incapacidad y contratación, el Código Civil Peruano va aún más lejos, ya que en virtud de su artículo 1396 establece que «En los contratos ofrecidos con arreglo a

cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz.» Sobre este precepto, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle<sup>28</sup> expresa que la aplicación del artículo mencionado da al tráfico masivo de bienes y servicios una gran seguridad y fluidez, pues el predisponente de las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente no se encuentra en la necesidad de demorar la celebración de cada contrato particular con arreglo a ellas hasta comprobar que la respectiva contraparte ha declarado adecuada y formalmente su voluntad de celebrar el contrato o que es capaz, sino que le bastará que dicha contraparte consuma el bien o utilice el servicio para que pueda exigir el pago de ellos.

A decir del citado profesor, ese artículo busca destacar que la falta formal de oferta o de aceptación o la intervención de un incapaz, no determina la inexistencia de una relación jurídica, sino que esta relación se genera de pleno derecho por la sola circunstancia del consumo del bien o la utilización del servicio por parte del consumidor, lo que le obliga a ejecutar la respectiva contraprestación de acuerdo con la naturaleza del contrato. Finalmente, anota que la previa aprobación administrativa de las cláusulas generales garantiza que las condiciones de la provisión no son lesivas para el consumidor, protegiéndolo contra su inexperiencia e ignorancia<sup>29</sup>.

En el Perú siempre hay responsabilidad, pero no necesariamente directa. Por ejemplo, si el incapaz actuó con discernimiento, es res-

27. MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Pág. 482.

28. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo III, Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. Págs. 174 y 175.

29. En ocasión anterior uno de los coautores de este Tratado (CASTILLO FREYRE, Mario. Las Doctrinas Tradicionales Frente a la Contratación Computarizada. Análisis del Funcionamiento de las Doctrinas Tradicionales sobre Consentimiento, Nulidad, Anulabilidad y Disentimiento en los Contratos Celebrados a través de Medios Informáticos. Biblioteca de Derecho Contemporánea, Volumen III, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1996, Tomo III, Págs. 65 a 73) manifestó que, como resulta natural, por el devenir histórico del Derecho, la gran mayoría de sus figuras e instituciones han surgido o han sido concebidas antes de la aparición de los diversos medios informáticos que ayudan hoy en día a la contratación entre los particulares, de modo tal que relacionar el tema de la capacidad con la contratación contemporánea reviste singular importancia dentro de nuestra legislación civil y ordenamiento jurídico.

Sin lugar a dudas, el artículo 1358 se aplica hoy en día a supuestos mucho más amplios que a los previstos en 1984, a la entrada en vigencia del Código Civil. Es muy probable que todo esto origine que las normas de capacidad, que hoy son regla, terminen siendo la excepción del artículo 1358.

ponsable con su propio patrimonio y de modo solidario con su representante legal; el incapaz privado de discernimiento, en cambio, no responde por el daño que cometió, pero sí lo hace su representante legal, con la reserva prevista por el artículo 1977 del Código Civil<sup>30</sup>.

### 13.- En cuanto a la aptitud legal de los tribunales para determinar si se trata de una u otra clase de responsabilidad

La Corte de Casación Francesa, según Demogue<sup>31</sup>, evalúa si los efectos constatados pueden calificarse como falta delictiva o falta contractual.

En el Perú no se presenta esta facultad de modo enteramente discrecional. Los magistrados deben aplicar a cada caso concreto la ley que resulte pertinente; ello, derivado de su naturaleza y no de otro tipo de consideraciones. A su turno, las consecuencias serán las establecidas por la ley para cada clase de responsabilidad. La facultad de los jueces peruanos al respecto está limitada por el mandato de las prescripciones legales.

### 14.- Según se responda por faltas o por hechos

Recuerda René Demogue<sup>32</sup> que se dijo en favor de la distinción de las dos responsabilidades que el deudor por acto ilícito (delictivo) sólo respondía por su falta, mientras que el deudor contractual lo hacía por su hecho. Según la teoría clásica de la responsabilidad, la primera solución es exacta, pues el término «hecho» empleado por el artículo 1383 del Código Napoleón, es simplemente accesorio.

Pero el deudor contractual no responde por su simple hecho: no se le condenaría, por ejemplo, si al volverse loco violara su obligación<sup>33</sup>.

Consideramos que la sutileza a que alude Demogue no resulta aplicable al Derecho Peruano, precisamente porque dentro de nuestro ordenamiento legal no existe ese tratamiento diferenciado de la materia, en lo que respecta a cuestiones terminológicas.

### 15.- En cuanto a la carga de la prueba

En relación al régimen probatorio -en sí mismo considerado-, Rezzónico<sup>34</sup> recuerda que Baudry-Lacantinerie, Colin y Capitant, Huc y otros juristas franceses sostienen la pluralidad de culpa, en cuanto a la prueba, pues (excepto en las obligaciones de no hacer) la culpa contractual se presume, no necesita probarse, resultando del mismo incumplimiento de la obligación, mientras que la culpa delictual o cuasidelictual (por acto ilícito) necesita ser probada, exceptuando el caso de un daño causado por cosas inanimadas, en que la ley presume culpa en el dueño de la cosa.

Demogue<sup>35</sup> expresa sobre el particular, que otra diferencia, y ésta sería la más importante, estaría efectivamente en la carga de la prueba. Así, en la responsabilidad delictiva, el demandante deberá probar la culpa de su adversario. En el caso de un contrato, se presumiría la culpa. Más exactamente, hasta que el demandado pruebe el caso fortuito, la fuerza mayor (o que ha incumplido a pesar de haber empleado toda la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias -esto último, dentro del régimen del Código Civil Peruano de

CATEDRA

30. En este caso nuestra legislación contempla un supuesto denominado por los anglosajones como el *deep pocket*, que es cuando en atención a la situación económica de las partes, se establece una suerte de repartición del desembolso por indemnización:

Artículo 1976.- «No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.»

Artículo 1977.- «Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el Juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.»

31. DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo V, Pág. 528.

32. DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo V, Pág. 528.

33. En apoyo de su posición, Demogue anota que los artículos 1374, 1566, 1732, 1807, 1810, 1811, 1850 y 1992 del Código Civil Francés sólo hablan de culpa; y que únicamente los artículos 1042 y 1245 se refieren al hecho y a la culpa, lo que sólo puede explicarse por una inadvertencia.

34. REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Pág. 153.

35. DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo V, Págs. 537 a 539.

1984-), la responsabilidad resultaría del incumplimiento mismo de la obligación. Recuerda Demogue que Saleilles lo expuso claramente. Es aún un hecho adquirido el que la obligación subsista. Nada llegó a determinar que el deudor no la podía cumplir. Sin embargo, no habiendo una culpa especializada, sólo se podría pedir el equivalente de la ejecución directa. No se podría indemnizar por otro perjuicio.

Dentro de tal orden de ideas, el citado profesor francés cree que el sistema de prueba es el mismo en los casos de falta derivada de acto ilícito o de falta contractual. Además del perjuicio, siempre se debe probar que existía una obligación para el demandado, que ésta no se cumplió, que hay un vínculo causal entre este último hecho y el perjuicio, y si la obligación es positiva o negativa.

En la carga del demandado y del incumplimiento, las dos condiciones de «obligación» son las que mueven las dificultades más serias. Y aquí Demogue toma la palabra «obligación» en un sentido amplio, considerando que la persona obligada por un reglamento o por la prudencia de hacer tal acto, es responsable de una obligación ante el tercero. Sin duda -dice Demogue- se impone directamente la ejecución de esta obligación. Sin embargo, el acto ilícito siempre supone una ofensa al derecho del prójimo, lo que implica la preexistencia de una obligación, la que se sancionó menos.

Según el profesor francés, la obligación que puede pesar sobre un deudor no siempre tiene la misma naturaleza. Esta puede ser una obligación de resultados o una obligación de medios.

Nosotros no compartimos la distinción de las obligaciones en medios y resultados, clasificación que tuvo gran acogida y que fué bastante difundida en diversos sectores de la doctrina. Ella no fue aceptada por el Código de 1984 y nuestras razones han sido expuestas en una obra precedente<sup>36</sup>.

En materia de inexecución de obligaciones, rige en el Derecho Peruano lo dispuesto por el artículo 1329, precepto en virtud del

cual se presume que la inexecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor. Dentro de este régimen, si el deudor quisiera exonerarse de responsabilidad, tendría que probar el caso fortuito o fuerza mayor o que actuó con la diligencia ordinaria requerida, casos en los cuales no sería imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Por su parte, si el acreedor quisiera agravar la responsabilidad del deudor que incumplió (para que éste responda por la integridad de los daños y perjuicios causados y no sólo por aquellos que pudo prever al momento de contraer la obligación -argumento del artículo 1321 del Código Civil-), tendría que probar que el incumplimiento obedeció a culpa inexcusable o dolo del deudor.

En materia de responsabilidad extracontractual, hay también presunción de dolo o culpa en torno a la inexecución del deber de no dañar, la misma que se atribuye al autor del daño, quien se encuentra obligado a exonerarse de tal presunción (artículo 1969). Asimismo, encontramos similar presunción en el caso de la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad; la prueba aquí es de cargo del liberado del peligro (artículo 1971, inciso 3).

También hay presunción de culpa del dueño de un animal o de aquel que lo tiene a su cuidado, si éste causa un daño, corriendo el descargo por cuenta de aquél (artículo 1979); se presume que el dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, a menos que demuestre que ésta no ha provenido por falta de conservación o de construcción; asimismo, la responsabilidad vicaria (responsabilidad por daño causado por un subordinado) se presume, a menos que se pruebe que el daño no se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo (artículo 1981).

36. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Tomo I, Págs. 215 a 218.

#### 16.- En relación a los medios probatorios

También refiriéndose al tema de la prueba, pero esta vez en relación a los medios probatorios, Demogue<sup>37</sup> expresa que tampoco es exacto decir que la obligación contractual exige un título, mientras que el acto ilícito se prueba con testigos. Para el citado profesor, siempre es necesaria la prueba escrita, salvo cuando no se pudo obtener, lo que ocurre en todos los actos ilícitos y a veces en los contratos.

En el Derecho Peruano la regla es distinta. En ambos casos, para hacer valer derechos en juicio, se podrá recurrir a cualquiera de los medios probatorios contemplados por el Código Procesal Civil de 1993, artículos 192, 193, 194 y 275.

#### 17.- En cuanto al modo de calcular los daños y perjuicios

Demogue<sup>38</sup> anota que una diferencia más exacta aparece en el modo de cálculo del monto de los daños y perjuicios entre la responsabilidad derivada de acto ilícito y la responsabilidad contractual prevista por el artículo 1150 del Código Napoléon, el cual limita la cifra de indemnización si el incumplimiento del contrato no proviene de un fraude.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia francesas reconocen, casi por unanimidad, que esa norma no se aplica a la responsabilidad delictiva. Estima Demogue que, sin duda, esta idea fue la inspiración para que después el contrato se considerara más digno de interés que el delincuente. Sin embargo, tal medida se ve atenuada en tanto los jueces del hecho fijan el monto por concepto de daños y perjuicios, pero la solución así de borrosa sigue siendo cierta.

En el Perú no hay diferencia respecto al cálculo de la indemnización por daños y perjuicios; en ambos casos se evalúa la culpa (y su graduación) a efectos de determinar el ni-

vel de responsabilidad de quien corresponda. La única excepción está constituida por la responsabilidad objetiva, contemplada en los preceptos sobre responsabilidad derivada de acto ilícito. Sin embargo, esta misma noción de objetividad se ve atenuada por otras reglas complementarias que la subjetivizan, cual es el caso de los artículos 1970 y 1972 del Código Civil.

#### 18.- En cuanto a la forma cómo responden los herederos del deudor

Messineo<sup>39</sup> advierte que la responsabilidad por incumplimiento se trasmite al sucesor del deudor a título universal; pero no (y tampoco en la obligación *ob rem*) al sucesor a título particular.

Evidentemente, las deudas y cargas de la herencia se transmiten a título universal, a efectos de que se abonen con la masa hereditaria y no con el patrimonio específico de un heredero. En el sistema del Código Civil Peruano la norma es igual para ambos tipos de responsabilidad, conforme lo establece el artículo 871 del referido cuerpo normativo.

#### 19.- En cuanto a los tribunales competentes

Demogue<sup>40</sup> enseña que desde el punto de vista de la competencia, si la acción está fundada en el artículo 1382 del Código Napoléon, se le llevará ante el tribunal del domicilio del demandado; si tiene como base un contrato, se podrá asignar ante el tribunal competente para conocer del contrato social, ya sea en virtud de un convenio anterior o con base en las normas de Derecho Comercial.

En el Perú, el juez competente es el del lugar del domicilio del demandado. Esta es la norma genérica. Sin embargo, tratándose de responsabilidad extracontractual, el demandante puede optar por el juez del lugar donde ocurrió el daño. Incluso en caso de prestaciones derivadas de la gestión de ne-

37. DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo V, Pág. 529.

38. DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo V, Pág. 529.

39. MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Pág. 234.

40. DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo V, Pág. 531.

gocios, pago indebido, enriquecimiento sin causa o promesa unilateral, el demandante puede elegir también al juez del lugar donde se realizó o debió realizarse el hecho generador de la obligación<sup>41</sup>.

#### 20.- En lo referente al antiguo caso de la dote

Sólo a manera de referencia histórica (pues el tema que se aborda ya ha sido derogado en todos los países de nuestra tradición jurídica, dada la igualdad legal entre personas de ambos sexos), diremos que Demogue<sup>42</sup> expresaba -dentro del régimen imperante en Francia a mediados de la década del veinte- que para el caso en que el responsable fuera una mujer dotal, existía una diferencia entre el crédito proveniente de la responsabilidad contractual y el proveniente de la responsabilidad por acto ilícito.

Según Demogue, en la práctica, la pregunta se dio para saber si la dote de la mujer podía mantenerse por igual en los dos casos. La jurisprudencia y la doctrina estaban de acuerdo en decir que se podía tomar posesión de la dote de la mujer, principalmente para cubrir sus obligaciones extracontractuales, en especial sus deudas provenientes de actos ilícitos, ya fueran sus delitos o cuasidelitos.

Se consideraba -dice Demogue- que esta solución era impuesta por un interés superior de orden público<sup>43</sup>.

#### 21.- En cuanto a la finalidad del pago por los daños y perjuicios causados

Rezzónico<sup>44</sup> recuerda que Baudry-Lacantinerie, Colin y Capitant, Huc y otros profe-

sores franceses sostienen la pluralidad de culpa, en cuanto al fundamento de las consecuencias, pues en la culpa contractual estas operan como «reparación o indemnización» y en la culpa extracontractual como «pena o sanción».

El propio Rezzónico<sup>45</sup> advierte que un sector importante de la doctrina clásica francesa afirma la pluralidad de culpas, en cuanto a la medida de esas consecuencias, que son indudablemente más extensas en la llamada culpa delictual que en la contractual<sup>46</sup>.

Por nuestra parte, disentimos radicalmente del citado parecer, como factor distintivo entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. En ambos casos, la eventual indemnización que se tenga que pagar, derivará de los daños y perjuicios causados; pero no porque en el caso de la responsabilidad contractual se trate de una reparación y en el caso de la responsabilidad extracontractual constituya una sanción. En ambos supuestos estamos en presencia de una función reparatoria o indemnizatoria de los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde al Derecho Civil castigar a los deudores, sino obligarlos a que -mediante el pago de la indemnización- pongan remedio a la situación de inequidad o injusticia que hubieren causado, derivada del incumplimiento de una obligación nacida de la voluntad humana o de la propia ley.

#### 22.- En cuanto a si se justifica un diferente grado de reparación

Demogue<sup>47</sup> precisa que antes de constatar en Derecho positivo si las normas son en los dos casos idénticas o diferentes, debemos

41. Los artículos correspondientes del Código Procesal Civil de 1993 son el 14 y 24, incisos 5 y 6.

42. DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo V, Págs. 532 a 536.

43. La pregunta revestía mayor incertidumbre cuando se trataba de responsabilidad contractual. Por entonces el referido profesor confesaba que no podía precisar si se debía entender del mismo modo la responsabilidad que nacía a propósito de la celebración de un contrato. La doctrina se preguntaba si cuando una mujer dotal era responsable por el incumplimiento de un contrato, estaba obligada con su dote.

La Corte de Casación Francesa juzgó que el incumplimiento doloso de un compromiso contractual no permitía apoderarse de la dote. Pero, sin embargo, se discutió mucho esta opinión.

44. REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Pág. 153.

45. REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Págs. 153 y 154.

46. Señala Rezzónico que Huc defiende con tanto empeño esta teoría de la dualidad de la culpa (contractual y extracontractual) que llega a decir que ella no es seriamente refutable.

47. DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo V, Págs. 524 y 525.

preguntarnos si deben diferir de manera racional. Entonces, la pregunta consiste en si se debe tener varios grados de severidad para aquél que viola un contrato, comete un delito o cuasidelito.

A decir de Demogue, de pronto surgió una idea: aquél que comete un delito incurre en un acto más grave que aquel consistente en violar un contrato, pues la idea de delito despierta la de infracción penal, la de imprudencia con consecuencias graves; y, por el contrario, el contratante negligente había asumido una obligación excepcional, suplementaria. No era ya la obligación que pesaba sobre todos la que estaba a su cargo, sino una obligación especial. Además, el acreedor voluntariamente dio crédito a la fe del otro contratante (su contraparte).

Este último -según la doctrina recordada por Demogue- debe ser tratado con menor dureza. En esta idea, la cual está en el fondo de muchos pensamientos, y tal vez en la propia ley, hay un recuerdo de la teoría criticada por el propio Demogue, según la cual la obligación contractual es una situación excepcional, dándose como norma la libertad en el marco de las obligaciones legales.

Al reflexionar sobre dichos conceptos, Demogue no encuentra razón para distinguir -con base en estos temas- entre ambas responsabilidades. Algunas infracciones a la ley son de importancia mínima, consideradas por la falta que contienen. Otras violaciones de contratos constituyen faltas muy graves, como sería el caso de la negligencia de un constructor en el reajuste de piezas, etc.

Si a veces pareció considerarse la responsabilidad derivada de acto ilícito como la más grave, ello obedeció -conforme al criterio del citado profesor francés- a que aún se estimaba en el Derecho Civil como un delito penal o algo que se acercaba a la gravedad del asunto, y esto se tornó cada vez en menos exacto, a medida que se aceptó el hecho de que se podía ser responsable en virtud de la ley por simples riesgos creados.

Se entiende, según Demogue, que dado a que por largo tiempo fuera admitida la dis-

tinción de dos responsabilidades por los grandes tratados de Derecho Civil, y que faltando dicha distinción en nuestro conocimiento de base sólida en legislación, se haya puesto en duda, desde mediados de la última década del siglo XIX, en Derecho positivo, por un cierto número de autores, de manera muy controvertida en su tiempo.

A nuestro entender, las consideraciones que efectúa Demogue para efectos de distinguir sobre una justificación de diferente grado en la reparación, no nos parecen acertadas, ya que no podemos olvidar que en ambos casos de lo que se trata es de reparar los daños y perjuicios causados, incluso en aquella responsabilidad proveniente de delito penal. La gravedad o no del acto en materia penal no debe tener relevancia en materia civil, en lo que respecta a la indemnización misma. Pero si bien no consideramos válidos los argumentos del profesor francés para distinguir entre ambos tipos de responsabilidad, estimamos que el criterio que sigue la ley peruana es adecuado en función de la distinta naturaleza que presentan, tema que analizamos en otro extremo de estos conceptos.

CATHEDRA

69

### 23.- En lo que respecta a la eventualidad de asegurar el incumplimiento

Malaurie y Aynés<sup>48</sup> enseñan que puesto que el seguro garantiza solamente la responsabilidad derivada de acto ilícito, no cubre la responsabilidad contractual, lo que con frecuencia es fuente de sorpresas desafortunadas; y estiman que el mecanismo del seguro no se adapta bien a la distinción entre los dos órdenes de responsabilidades.

Sin embargo, y a pesar de que ello no resulta usual en el Perú, teóricamente hablando no existe impedimento alguno para que las partes o alguna de ellas pudiera celebrar con una Compañía de Seguros un contrato de esta naturaleza, en previsión de un eventual incumplimiento de la obligación o de las obligaciones contractuales asumidas por ella misma o por la contraparte. En el caso del seguro que se contrata para un eventual incumplimiento de las propias obligaciones asumidas,

48. MALAURIE, Philippe y AYNÉS, Laurent. Op. cit., Pág. 483.

ello resulta usual en otros países, sobre todo en el caso de los médicos para cuando contratan con sus pacientes, previniendo la eventualidad de una mala práctica en el ejercicio de la profesión.

No obstante, estimamos que el pacto a que hacemos referencia -si garantizase obligaciones de la contraparte, y no de uno mismo- sólo podría, razonablemente, estar referido a obligaciones que se incumplan por causa no imputable al deudor; pues de lo contrario resultaría extremadamente fácil que los contratantes, actuando de manera fraudulenta y buscando obtener provecho de la Compañía de Seguros, se coludieran a efectos de que una de las partes incumpliera culposa o dolosamente, y ambas se beneficiaran con la indemnización que pagaría la Compañía de Seguros, la misma que -para completar nuestro ejemplo de acto fraudulento- podría encontrarse incluso frente a un deudor insolvente.

#### 24.- En lo referente a las obligaciones solidarias y las obligaciones *in solidum*

Malaurie y Aynés<sup>49</sup> consideran que hay diferencias entre ambos tipos de responsabilidad, como es el caso de la obligación *in solidum* de pleno derecho que pesa sobre los coautores de un perjuicio existente sólo en materia delictual y también para los intereses moratorios.

En nuestro Tratado de las Obligaciones nos hemos ocupado, al estudiar las obligaciones indivisibles y solidarias, de las obligaciones *in solidum* o concurrentes<sup>50</sup>, habiendo señalado que son muchos los autores que establecen diferencias entre las obligaciones solidarias y las obligaciones *in solidum* o concurrentes.

Luego de analizar autorizadas opiniones como las de Jorge Joaquín Llambías y Alex Weill y François Terré, llegamos a la conclusión de que si bien es cierto que la doctrina

hace una distinción entre las mismas, las semejanzas existentes entre unas y otras las hacen muy similares. En el referido estudio del tema se observó que la aplicación principal que realiza la doctrina de las obligaciones *in solidum*, se encuentra en el campo de la responsabilidad civil derivada de acto ilícito, bien para los coautores de la falta común, bien para los responsables del hecho de las cosas, bien para el autor de la falta y para la persona responsable de su hecho, o bien para el autor de la falta y para su asegurador.

Pero, como manifestamos en esa oportunidad, consideramos, al igual que Llambías, que resulta imposible -en el campo práctico- distinguir ambas obligaciones en el Derecho Peruano. En tal sentido, desechamos la pretendida distinción entre las obligaciones *in solidum* y las obligaciones solidarias, por carecer de contenido conceptual.

#### 25.- En cuanto a la fecha en que se origina el daño

Malaurie y Aynés<sup>51</sup> estiman que ambas responsabilidades son iguales, en cuanto a la fecha en que se origina el daño.

En el Perú ello no es así, ya que en la responsabilidad llamada contractual, proveniente de inexecución de obligaciones, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, existe la figura, ya mencionada, de la mora, la misma que marca al respecto una diferencia relevante, pues a partir de ahí se devengarán los intereses y/o daños y perjuicios moratorios, lo que no enerva la eventual existencia de daños y perjuicios de carácter compensatorio que se generen en virtud del incumplimiento definitivo (sea parcial o total de la obligación asumida). En el caso de la responsabilidad derivada de acto ilícito, los intereses y/o daños y perjuicios moratorios y compensatorios se devengarán desde el mismo momento de producción del acto ilícito.

49. MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Pág. 483.

50. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Págs. 76 a 80.

51. MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Pág. 483.