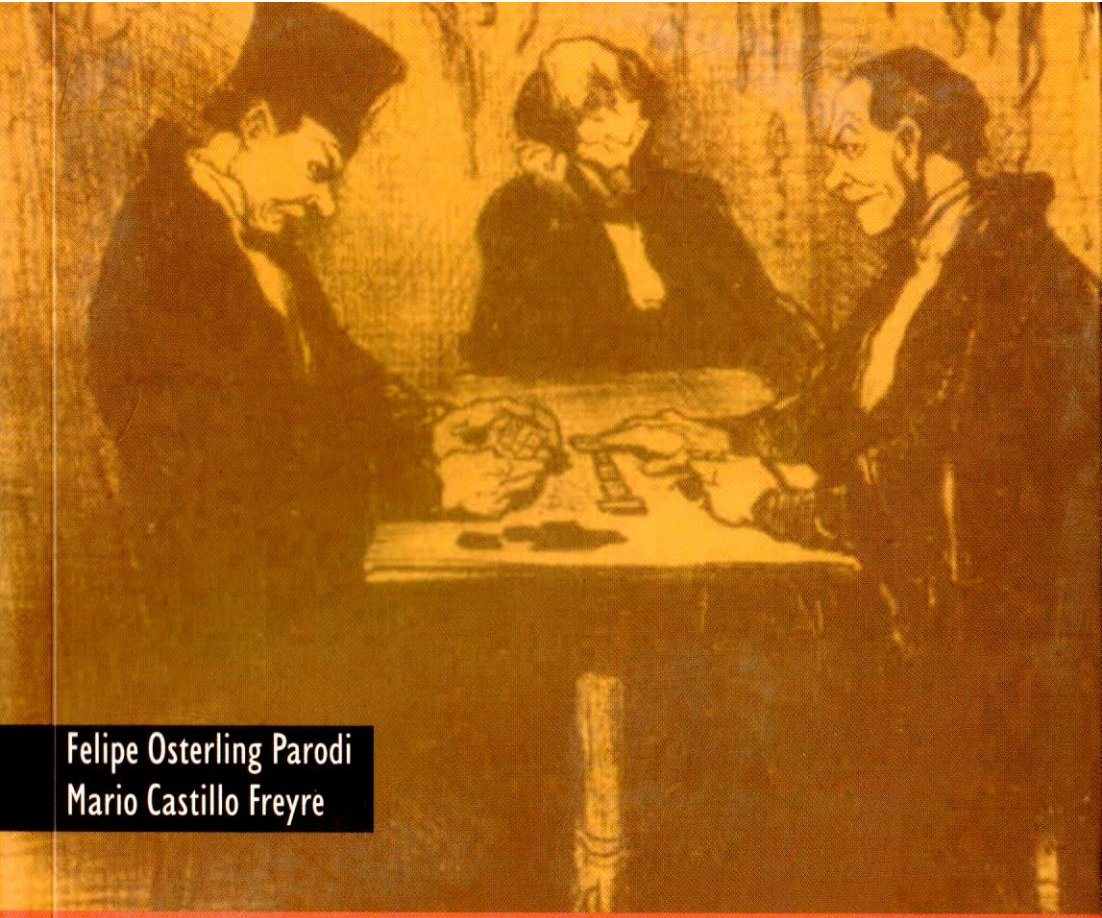


Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

Tratado de las Obligaciones

Vol. XVI - Cuarta Parte - Tomo X Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL

Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL 2003

Felipe Osterling Parodi, abogado y Doctor en Derecho, fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Es profesor principal de esta materia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Mario Castillo Freyre, abogado y Doctor en Derecho, es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima y la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte

Tomo X

Biblioteca
Para leer el Código Civil
Volumen XVI

Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2003

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte
Tomo X

Primera edición: octubre 2003

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Plaza Francia 1164, Cercado, Lima-Perú
Teléfonos: 330-7410 – 330-7411. Telefax: 330-7405
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Cuidado de la edición: Nelly Córdova Núñez
Grabado de cubierta: Honoré Daumier. *Quand le crime ne donne pas,* chez Aubert, Pl de la Burse. Les gens de justice. En *Gentes del Foro*.

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-599-1
Hecho el depósito legal: 1501052003-5489

Impreso en Perú - Printed in Peru

TOMO X

CONTENIDO GENERAL
CAPÍTULO PRIMERO
Disposiciones Generales
(Teoría General)

1. Ámbito y características de la Cuarta Parte del Tratado de las Obligaciones 13
2. Cumplimiento e incumplimiento. El incumplimiento de las obligaciones como fenómeno en el marco de las relaciones jurídicas y sociales 21
   2.1. Concepto de incumplimiento 23
   2.2. Clases de incumplimiento 28
      2.2.1. Incumplimiento temporal 28
      2.2.2. Incumplimiento definitivo 29
   2.3. El cumplimiento y el incumplimiento dentro del Código Civil de 1984 30
3. El incumplimiento según la naturaleza de las obligaciones 42
   3.1. En las obligaciones de dar 42
   3.2. En las obligaciones de hacer 44
   3.3. En las obligaciones de no hacer 45
4. El incumplimiento en las obligaciones de objeto plural 45
   4.1. En las obligaciones conjuntivas 45
   4.2. En las obligaciones alternativas 46
   4.3. En las obligaciones facultativas 46
5. El incumplimiento en las obligaciones de sujeto plural 46
   5.1. En las obligaciones divisibles y mancomunadas 46
   5.2. En las obligaciones divisibles y solidarias 47
   5.3. En las obligaciones indivisibles y mancomunadas 47

5.4. En las obligaciones indivisibles y solidarias 48
6. Efectos del incumplimiento 48
6.1. La demora 49
6.2. La eventual constitución en mora 50
6.3. La eventual indemnización de daños y perjuicios 52
6.4. Los intereses moratorios y los intereses legales 57
6.5. La ejecución forzosa a través de un proceso judicial 58
6.6. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a expensas del deudor 58
6.7. El ejercicio de los derechos del deudor por parte del acreedor, sea en vía de acción o de excepción, para asumir su defensa 58
6.8. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para el acreedor 59
6.9. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial 59
6.10. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere 60
6.11. Dejar sin efecto la obligación 60
6.12. La acción de nulidad por fraude pauliano 60
6.13. La acción de anulabilidad por existencia de simulación relativa 64
6.14. La acción de nulidad por existencia de simulación absoluta 65
6.15. El derecho de retención 66
6.15.1. Concepto 66
6.15.2. Casos admitidos por la ley 67
6.15.3. Casos no admitidos por la ley 70
6.15.4. Alcances del derecho de retención 71
6.15.5. Diferencias y semejanzas entre el derecho de retención y la excepción de contrato no cumplido 73
6.15.6. Naturaleza jurídica 75
6.15.7. Oponibilidad del derecho de retención frente a terceros 76
6.16. La resolución por incumplimiento 77
6.16.1. Clases: judicial y extrajudicial 79
6.16.2. Cláusula resolutoria expresa 83
6.16.3. Efectos de la resolución entre las partes 86
6.16.4. Efectos de la resolución respecto de terceros 90
6.17. La posibilidad de reparación amigable por parte del deudor incumpliente 91
6.18. Inejecución de obligaciones y acciones de amparo 91

6.19. La teoría del incumplimiento eficiente de los contratos 93
7. El universal e implícito derecho de «prenda general» en la inejecución de obligaciones. El deudor responde con todo su patrimonio por el cumplimiento de las obligaciones 98
8. Evolución histórica de la responsabilidad civil 111
9. Responsabilidad civil y responsabilidad penal 132
10. El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil 153
10.1. Los seguidores de Demogue 161
10.2. La doctrina ecléctica 167
10.3. Los detractores de Demogue 169
10.4. La teoría de René Demogue. Los contradictorios «medios» y «resultados» 172
10.5. Los veintiocho supuestos de René Demogue 181
10.6. La obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble cierto como supuesto excepcional a la regulación común de las obligaciones 195
10.7. La promesa de la obligación o del hecho de un tercero como excepción al régimen común de ejecución de las obligaciones 198
10.8 A modo de conclusión 222
11. Principios fundamentales del deber de indemnizar los daños causados 225
11.1. El daño patrimonial o pecuniario y el daño moral y daño a la persona 228
11.2. Los hechos causantes del daño y la culpa en vigilar y la culpa en elegir 232
11.3. El funcionamiento de cosas 234
11.4. La relación de causalidad entre el hecho y el daño 235
11.5. El carácter civil de la obligación de reparar el daño 240
12. La responsabilidad por daños desde una perspectiva filosófico-jurídica 241
13. Responsabilidad y autopoiesis jurídica (el Derecho regula a la sociedad, regulándose a sí mismo) 253
14. Fundamento de la responsabilidad civil 258
14.1. Tendencias doctrinales 259
14.1.1. La definición de responsabilidad supone un conflicto suscitado entre dos personas 259

14.1.2. La definición de responsabilidad supone que «alguien» deba soportar un daño 259
14.2. Criterios surgidos ante la insuficiencia de la culpa 260
14.2.1. El primero postuló sustituir la idea de culpa por la de «riesgo creado» 261
14.2.2. El segundo criterio postuló una nueva concepción de la «falta» 262
15. Factores de atribución de responsabilidad civil 267
15.1. La antijuridicidad o ilicitud 268
15.2. La imputabilidad 272
15.2.1. El dolo 273
15.2.2. La culpa 322
15.2.2.1. Culpa contractual y culpa extracontractual 348
15.2.2.2. Culpa civil y culpa penal 354
15.2.2.3. Grados o clases de culpa 356
15.3. El daño 366
15.3.1. Características 370
15.3.1.1. La violación a una norma reconocida del derecho subjetivo 370
15.3.1.2. El daño debe tener un interes jurídicamente protegido, sea por leyes o principios 370
15.3.1.3. También caracteriza al daño el valor de la pérdida sufrida 372
15.3.2. Criterios clasificatorios del daño 373
15.3.2.1. Daño material y daño moral 373
15.3.2.1.1. Condiciones para la aplicación del daño moral 390
15.3.2.1.1.1. Que haya una relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito 391
15.3.2.1.1.2. Que el daño sea cierto 391
15.3.2.1.1.3. Que el daño sea personal del accionante 392
15.3.2.1.1.4. Que quien lo invoca pueda ser considerado como un «damnificado» en sentido jurídico 393
15.3.2.2. Medida o amplitud en la protección del daño moral 398

15.3.2.3. El daño moral en diversos aspectos de ilicitud e incumplimiento contractual 400
15.3.2.3.1. El daño moral en los actos ilícitos 400
15.3.2.3.2. El daño moral en los delitos y cuasi delitos 401
15.3.2.3.3. El daño moral en el incumplimiento contractual 407
15.3.2.4. Valoración y prueba para la reparación del daño moral 421
15.3.2.4.1. Determinación de la cuantía en atención al daño patrimonial 423
15.3.2.4.2. Determinación de la cuantía con base en la gravedad de la falta 424
15.3.2.4.3. Criterio subjetivo para determinar la cuantía del daño moral 425
15.3.2.4.4. El criterio de los «placeres compensatorios» 426
15.3.2.4.5. El criterio de la prudencia judicial 427
15.3.2.4.6. Nuestra opinión 427
15.3.2.5. El daño moral a la persona jurídica 431
15.3.2.5.1. El daño moral en relación a los derechos patrimoniales de las personas de existencia ideal 440
15.3.2.5.1.1. Derecho al honor, consideración o fama 441
15.3.2.5.1.2. Derecho al nombre y a la identidad 442
15.3.2.5.1.3. Derecho a la privacidad 443
15.3.2.5.1.4. Derecho a la libertad de acción 444
15.3.2.5.1.5. Derecho moral del autor sobre su obra 445
15.3.2.5.1.6. Derecho a la seguridad personal 445
15.3.2.5.1.7. Derecho a la protección del valor de afección sobre ciertos bienes 446
15.3.2.5.1.8. Derecho al libre desarrollo de la personalidad 447
15.3.2.5.2. Tratamiento del daño moral a las personas jurídicas en la jurisprudencia y legislación nacional 448

15.3.2.5.3. ¿Cuál es la forma más idónea de reparación del daño moral a las personas jurídicas? 453
15.3.2.6. Daños y perjuicios 454
15.3.2.7. Daños moratorios y compensatorios 464
15.3.2.8. La llamada pérdida de la *chance* o pérdida de la oportunidad 469
15.3.2.8.1. Generalidades. Marco conceptual 469
15.3.2.8.2. Naturaleza jurídica. La pérdida de la *chance* como daño emergente 473
15.3.2.8.3. Diferencias entre la pérdida de la *chance* y el lucro cesante 483
15.3.2.8.4. Criterios de cuantificación del monto indemnizatorio y causalidad 488
15.3.2.8.5. A modo de conclusión 495
15.4. La relación de causalidad en la responsabilidad civil 497
15.4.1. Teoría de la relación causal 499
15.4.1.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non* 500
15.4.1.2. Teorías individualizadoras: Teoría de la causa próxima 504
15.4.1.3. Teoría de la causa eficiente y de la causa preponderante 506
15.4.1.4. Teoría de la causalidad adecuada 508
15.4.2 Clasificación de las consecuencias dañosas 511
15.4.2.1. Consecuencias inmediatas 512
15.4.2.1.1. Imputación de las consecuencias inmediatas 513
15.4.2.2. Consecuencias mediatas 513
15.4.2.2.1. Imputación de las consecuencias mediatas 514
15.4.2.3. Consecuencias causales 515
15.4.2.3.1. Imputación de las consecuencias causales 515
15.4.3. Tratamiento de las consecuencias dañosas en el Código Civil Peruano de 1984 516

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES

CUARTA PARTE

Inejecución de las obligaciones

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones Generales (Teoría General)

1. Ámbito y características de la Cuarta Parte del Tratado de las Obligaciones

Al iniciar el desarrollo de la Cuarta y última parte del Tratado de las Obligaciones, la ocasión es propicia para expresar algunas ideas acerca de aquello que pretendemos en torno a este tramo de la obra.

Como se recuerda, el propósito del Tratado ha sido el de realizar un estudio del Derecho de Obligaciones en el marco del Código Civil Peruano de 1984.

La idea de elaborarlo surgió a fines de 1992, cuando el Código Civil recién cumplía ocho años, ante la necesidad de llenar el vacío existente respecto de esta materia, en la medida que no se había efectuado un estudio integral y detallado del Libro VI del Código Civil.

Si bien es cierto que entre esa fecha y la actual se han vertido muchas expresiones en diversos foros, tales como seminarios, conferencias, conversatorios y cursos de los catedráticos peruanos de Derecho de Obligaciones, sobre materias comprendidas dentro del ámbito de esta área del Derecho Civil, la mayoría de esos comentarios no ha estado integralmente centrada en los temas incluidos en la Sección Pri-

mera del Libro VI del Código Civil, sobre las obligaciones y sus modalidades, ni respecto de los ocho primeros Títulos de la Sección Segunda de ese Libro, relativos a los efectos de las obligaciones, salvo en lo que concierne al pago de intereses.

La realidad es que sobre esos temas del Derecho de Obligaciones prácticamente nada se ha escrito en el Perú, como también sucede, lamentablemente, con algunos otros Libros del Código, hecho que ha impedido que se analicen con detenimiento.

Fue esa la razón que nos impulsó a verificar un estudio exegético de los artículos 1132 a 1313 del Código Civil, ampliando tal exégesis con el mayor alcance doctrinario de las diversas figuras e instituciones, a fin de que ante cualquier eventual modificación del Código Civil nuestros comentarios no perdieran actualidad.

No obstante lo expresado, cualquier cambio legislativo —ya efectuado o por efectuarse— tendrá usualmente un carácter accesorio o secundario, pues el Derecho de Obligaciones tiene hondas raíces en la tradición jurídica romano-germánica, cuyos principios son de carácter universal y de sólida permanencia. De allí que hayamos apelado, como obras ilustrativas de las materias hasta aquí tratadas, fundamentalmente a los autores clásicos.

Sin embargo, lo anotado no se aplica necesariamente a la inejecución de obligaciones; vale decir, los temas regulados en el Título IX de la Sección Segunda del Libro de Obligaciones del Código Civil. Este Título merece tratamiento codificado en tres Capítulos: el Primero, referido a las disposiciones generales; el Segundo, relativo a la mora; y el Tercero, sobre las obligaciones con cláusula penal.

En torno a la mora, en los últimos tres lustros ha sido materia de controversia jurídica la conveniencia o inconveniencia de mantener en el Código Civil, como regla, la constitución en mora por intimación al deudor, o si debe aplicarse la mora automática conforme al criterio de diversos Códigos Civiles de un sector mayoritario de la doctrina moderna y de nuestro antiguo Código de Comercio. Este tema, debatible, admite tomar posición en uno u otro sentido, porque —independientemente de pareceres mayoritarios o minoritarios— existen fundamentos suficientes en abono de cualquiera de las dos tesis.

La otra materia de discusión en torno a la mora del deudor es si ella resulta factible en el marco de las obligaciones con prestaciones de no hacer; interesante punto de análisis académico, pero —independientemente de la posición que se adopte— de escasa importancia práctica.

Sobre el Capítulo Tercero, referido a las obligaciones con cláusula penal, la atención se ha centrado exclusivamente respecto a la crítica del defectuoso artículo 1346 del Código Civil, en el extremo que permite la reducción judicial de la pena, si el deudor que incumple la estima excesiva.

Esto equivale a decir que el debate sobre la cláusula penal solo ha girado respecto a qué sistema resulta más conveniente adoptar: si alguno de los referidos a su inmutabilidad, como proponía el Anteproyecto elaborado por Felipe Osterling Parodi en el seno de la Comisión Reformadora, en 1980, y adoptado por dicha Comisión en su Proyecto de 1981 —asumía el modelo brasileño, también propuesto en su momento, al formularse el Proyecto de Código Civil de 1936, por el ilustre Manuel Augusto Olaechea—, o alguno de los que permiten reducir la penalidad pactada, para el caso en que se considere excesiva, tal como legisló la Comisión Revisora del Código, en su Proyecto de 1984, desvirtuando de modo considerable, con la redacción de la primera parte del actual artículo 1346, la utilidad práctica de la cláusula penal en el Perú.

Queda claro, entonces, que sobre dos de los tres Capítulos que integran el Título relativo a la inejecución de obligaciones no ha habido sino tres puntos de debate en nuestro país.

Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo con el estudio de las disposiciones generales sobre inejecución de las obligaciones, reguladas por los preceptos contenidos en los artículos 1314 a 1332 del Código Civil. Esta materia sí ha merecido la atención del medio jurídico nacional de manera constante y con una reiteración sin precedentes.

Estimamos que, independientemente de las críticas que merezcan o hayan merecido las normas del Código Civil que abarcan esos conceptos, el gran tema gira en torno de la unificación o no del denominado «Derecho de daños» o, para utilizar una terminología tradicional, de la «Responsabilidad civil».

No obstante, la discusión sobre este punto no es nueva, pues pueden hallarse antecedentes incluso en las actas de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 que dio nacimiento al de 1936. Este tema también mereció profundo intercambio de ideas en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, que dio origen al cuerpo legal vigente; por ello, mal haría en decirse que la materia recién ha sido objeto de preocupación por parte de los juristas peruanos a raíz de la promulgación del Código de 1984. Lo que sí es cierto es que existe efervescencia en el debate para unificar el régimen dual de la responsabilidad civil. En adición, los tiempos modernos han llevado a los estudiosos del Derecho Civil a centrar sus investigaciones sobre responsabilidades específicas en diversas áreas de la actividad humana y de la sociedad en su conjunto.

Es difícil, por cierto, llevar una estadística; pero si se tuviera que cuantificar aquello que se ha escrito en las últimas dos décadas acerca del Derecho de Obligaciones, una abrumadora mayoría ha versado sobre responsabilidad civil. Resulta realmente significativa la cantidad

y calidad de publicaciones, clásicas y modernas, que giran sobre el tema, lo que nos ha conducido a variar sustancialmente las fuentes bibliográficas que hemos venido empleando para el análisis de las materias abordadas en las tres primeras Partes —nueve primeros Tomos— de nuestro Tratado, debido a que lo allí estudiado mantiene una tradición jurídica en la que están ausentes tendencias reformadoras que impliquen cambios significativos.

Como consecuencia de la enorme bibliografía extranjera sobre responsabilidad civil, el lector podrá apreciar que en esta Cuarta Parte de nuestro estudio citamos diversidad de obras y autores, muchos de ellos ajenos a los considerados como clásicos.

En otras palabras, los nueve primeros Tomos del Tratado ponen énfasis en la doctrina tradicional, pues ha sido casi inmutable, a diferencia de lo que ahora ocurre al estudiar la responsabilidad civil.

En el Perú, como hemos dicho, la responsabilidad civil ha merecido constante debate. Sin embargo, aquello que se ha escrito pasa fundamentalmente por artículos publicados en revistas especializadas de Derecho, existiendo solamente dos obras de envergadura sobre la materia. Una de ellas, referida a un área específica de la responsabilidad civil, titulada *La Responsabilidad por Productos Defectuosos* —publicada por el Doctor José Antonio Payet Puccio en 1990—, y otra denominada *La Responsabilidad Extracontractual* —publicada por el Doctor Fernando de Trazegnies Granda en 1988—. Ambos títulos son de excelente calidad, de voluminoso y profundo análisis —cada uno tiene dos tomos y más de mil páginas— y constituyen trabajos que, sin lugar a dudas, dado su carácter precursor han abierto camino para el estudio de la responsabilidad civil en el Perú. Nos enorgullece que estas dos obras formen parte integrante de la Biblioteca «Para leer el Código Civil» del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El tratado de Fernando de Trazegnies constituye, debido a su ámbito general, referencia bibliográfica de consulta obligatoria para todo estudioso del Derecho interesado en el tema. Este autor analiza escrupulosamente, confrontando norma y realidad, la problemática de la responsabilidad civil extracontractual, legislada en los artículos 1969 a 1988 del Código Civil Peruano. Si bien es cierto que su obra se centra en la responsabilidad extracontractual, la polémica que ha tenido lugar en el país y en el extranjero en torno de la responsabilidad civil hace imposible que hoy en día el estudio que vamos a emprender se ciña exclusivamente al régimen de inejecución de obligaciones contenido en los artículos 1314 a 1332 del Código Peruano.

Decimos esto porque la materia medular del debate gira en torno de la eventual unificación de los dos regímenes de responsabilidad existentes en el Perú, lo que por sí solo implica la necesidad de estudiar el tema de manera integral, dentro de un marco teórico que rebase el contexto del articulado del Código Civil Peruano sobre inejecución de obligaciones.

Por otro lado, lo que buscamos en esta Cuarta Parte del Tratado es ahondar en el tema civil más discutido en el Perú, no partiendo de una perspectiva exegética, sino evaluando y confrontando con el mayor sentido crítico los principios de la responsabilidad civil, teniendo en consideración la necesidad de adoptar sólidos y bien fundamentados criterios sobre tan importante área del Derecho.

Desde el inicio de las investigaciones que dieron lugar a nuestro Tratado, estábamos conscientes de que el tema más conflictivo y laborioso era este. Pero hay algo adicional que nos hemos visto obligados a adoptar, una decisión que consideramos básica para el análisis de la materia: la Cuarta y última Parte de nuestro Tratado abarcará el estudio de la responsabilidad civil, desde una perspectiva más amplia que aquella que impondría el esquema clásico de la inejecución de obligaciones, sin que ello haga perder unidad a la obra desarrollada

desde 1992. Si hemos buscado permanentemente que nuestros comentarios publicados mantengan vigencia con el paso del tiempo, los estaríamos condenando a una perniciosa inmovilidad si al abordar la Teoría General de Inejecución de Obligaciones excluyésemos determinados aspectos de la responsabilidad civil no legislados en el Capítulo Primero del Título IX de la Sección Segunda del Libro de Derecho de Obligaciones.

No podemos concluir estas palabras introductorias sin antes expresar la más profunda gratitud a nuestras ex-alumnas María Isabel Vásquez Villacorta, Magaly Jiménez Luces, Sonia Flores Jara, Verónica Rosas Berastaín y Erika Céspedes Suzuki, por la valiosa colaboración brindada.

Lima, agosto de 2003

Felipe Osterling Parodi

Mario Castillo Freyre

2. Cumplimiento e incumplimiento. El incumplimiento de las obligaciones como fenómeno en el marco de las relaciones jurídicas y sociales

La mayor parte del contenido del Libro VI del Código Civil Peruano, relativo al Derecho de Obligaciones, se refiere a las obligaciones en sí mismas, a sus diversas clasificaciones, discurriendo por el pago o cumplimiento y abordando los diversos medios extintivos de obligaciones distintos del pago.

Todo esto forma parte de la mecánica existencial de la obligación, la misma que se inicia con su nacimiento —ya sea en virtud de la voluntad humana o de la ley—, y está destinada a concluir con el equivalente a la muerte de los seres humanos, que puede producirse por las más variadas causas, en donde el pago representa algo así como la muerte por causas naturales, en tanto que los demás medios extintivos son el equivalente a la muerte derivada de otras causas.

Pero el lector podrá apreciar que aquello que busca el Derecho es que las obligaciones se cumplan —paguen— o que se extingan en virtud de los medios establecidos por la ley. El Derecho no quiere que se produzca su incumplimiento.

Si bien es cierto que la inmensa mayoría de las obligaciones que se contraen en una sociedad —sea por convención entre las partes o

por mandato de la ley— se cumplen, existe un número relativamente significativo de las mismas que se deja de cumplir.

Es aquí donde el Derecho de Obligaciones debe proporcionarnos los mecanismos necesarios para intentar solucionar tales problemas. Se podría decir que es al momento del incumplimiento cuando el Derecho de Obligaciones es puesto a prueba para demostrar su eficacia y utilidad.

Como dijimos en las primeras páginas del Tratado —al abordar la Teoría General de las Obligaciones—, uno de los rasgos característicos de las obligaciones civiles es el de su exigibilidad, la misma que puede traducirse en el hecho de que el acreedor requiera al deudor —a través de los tribunales de justicia o en la vía arbitral— la ejecución forzosa de la obligación; y, si ello no fuera posible, el acreedor puede reclamar al deudor el pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos derivados de su incumplimiento. Pero demás está decir que el camino de la indemnización por daños y perjuicios usualmente se complementa con la ejecución forzosa.

Se trata, en suma, de la necesidad que el Derecho de Obligaciones construya todo un andamiaje destinado a buscar el cumplimiento en resguardo del acreedor, ante un deudor que no cumple y que no puede eximirse de responsabilidad por dicho incumplimiento. De ahí la importancia de estos últimos capítulos del Libro de Derecho de Obligaciones del Código Civil Peruano, que integran el Título IX referido a la inejecución de las mismas. Esta parte del Código no es la primera donde se regula el incumplimiento, así como tampoco sus consecuencias, pues existen diversos preceptos referidos al tema que lo abordan en forma aislada; pero es la primera ocasión en que la ley establece de manera orgánica y sistemática cuáles son esas consecuencias y en qué consiste el mecanismo que trata sobre las mismas.

Por otro lado, es claro que si una obligación se cumple, resultaría inútil pensar en la aplicación de las normas consignadas en este Título, pues sus preceptos solo adquieren relevancia cuando nos encontramos frente al incumplimiento.

Debemos expresar que el tema de la ejecución y la inejecución de las obligaciones no solo presenta una faceta de orden jurídico entre las partes, sino también otra de naturaleza social, pues a la sociedad en su conjunto le interesa que las obligaciones se cumplan y que no abunden deudas que se dejen de pagar, ya que una situación de esta naturaleza conduce a la proliferación de conflictos entre particulares, lo que conlleva a un desmesurado aumento de litigios y congestión en los tribunales de justicia, por acción de quienes recurren al Estado para hacer valer los derechos que no se vieron honrados por aquellos a quienes correspondía hacerlo.

Precisa destacarse la importancia de que en el Perú se fomente una cultura de pago, para la sana convivencia de las personas y la tranquilidad social. Todo aquel que tiene la condición de deudor debe también saber que es responsable del fiel cumplimiento de sus obligaciones, y que solo podrá liberarse de las mismas si ocurre alguna situación excepcional que le impida pagar; es decir, que no le permita proceder conforme a lo convenido por la voluntad de las partes o a lo prescrito por la ley.

Es necesario, por ello, desterrar del Perú ese criterio deformado, presente en buen número de personas —a diferencia de lo que ocurre en otros países—, de que es «socialmente admitido» dejar de honrar las deudas contraídas.

2.1. Concepto de incumplimiento

Hemos dicho oportunamente que el pago representa el medio natural de extinción de las obligaciones, y que él consiste en la ejecución de la prestación debida, de conformidad con los principios que lo inspiran, fundamentalmente referidos a la identidad, la integridad, la oportunidad y el lugar de cumplimiento.

Con ocasión del análisis de las obligaciones de hacer, específicamente del artículo 1151, expresamos —refiriéndonos a esta clase de obligaciones, pero en conceptos que resultarían aplicables a la generalidad de las mismas— que entre el cumplimiento absoluto y el incumplimiento absoluto existe un campo en el que confluyen diversos matices.

Así, dentro de un primer criterio relativo a la integridad, y respondiendo a la pregunta de ¿cuánto se ejecuta?, llegábamos a la conclusión de que el cumplimiento óptimo de una obligación era aquel calificado de íntegro, en tanto que el cumplimiento no óptimo, susceptible de generar daños y perjuicios, podía ser parcial o excesivo.

En segundo término, refiriéndonos a la oportunidad del cumplimiento y respondiendo a la pregunta de ¿cuándo se ejecuta?, concluíamos en que el cumplimiento óptimo de una obligación era el oportuno, en tanto que el cumplimiento no óptimo, susceptible de generar daños y perjuicios, podía ser anticipado o tardío.

Finalmente, en torno de la forma cómo se ejecuta la obligación, el cumplimiento óptimo es el adecuado, en tanto que el cumplimiento no óptimo, susceptible de generar daños y perjuicios, es o el defectuoso o el más que adecuado —calificativo que, en estricto, implica un cumplimiento no adecuado de la obligación—.

Debemos agregar la primera característica: la identidad a que se refiere el primer artículo del Libro de Derecho de Obligaciones, el artículo 1132, relativo a las obligaciones de dar, pero también aplicable analógicamente a las obligaciones de hacer y de no hacer, cuando prescribe lo siguiente: «El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor».

A nuestro entender, los principios de identidad, integridad, oportunidad y lugar de cumplimiento no pueden ser distinguidos en orden de importancia, considerando, como sí lo hace un sector de la

doctrina,[1] que los dos primeros son requisitos sustanciales y los dos últimos requisitos circunstanciales. Pensamos que todos ellos deben ser calificados simplemente como requisitos del cumplimiento, habida cuenta que darles un criterio valorativo implicaría estimar que unos son más importantes que otros.

Si bien es cierto que en muchos casos los principios de identidad e integridad podrán revestir mayor importancia o interés para el acreedor de la obligación, no es menos cierto que en infinidad de casos los principios de oportunidad o de lugar de cumplimiento tendrán enorme significación, constituirán un elemento esencial de la relación obligatoria, tanto que es posible que si se produjera una infracción a los mismos, el cumplimiento podría resultar inútil para el acreedor, a pesar de reunir idoneidad en cuanto a aquello en lo que consiste la prestación y a su magnitud.

Lo anotado nos conduce a expresar que tanto el incumplimiento absoluto de una obligación, como el cumplimiento parcial, excesivo, anticipado, tardío, defectuoso o no adecuado de la misma, nos sitúa en el campo de la inejecución de obligaciones, más allá de los matices que se puedan apreciar en relación con las consecuencias prácticas de este tema.

Sin embargo, no nos atreveríamos a afirmar que los términos de incumplimiento y no pago son sinónimos.

Ello obedece a que resulta evidente que la expresión «cumplimiento» tiene estrecha relación con el pago, habida cuenta que según la Real Academia Española, «cumplir»,[2] en su primera acepción, sig-

---

1 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la Mora*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1981, pp. 62-66.

2 *Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Edición, tomos I y II. Madrid: Espasa Calpe S.A., 1984, tomo I, p. 416.

nifica «Ejecutar, llevar a efecto», en tanto que en su cuarto significado es «Hacer aquello que debe o a lo que está obligado».

Por su parte, la palabra «cumplimiento»,[3] en el primero de sus significados, es la «Acción y efecto de cumplir o cumplirse», en tanto que en su cuarta acepción el término equivale a «Perfección en el modo de obrar o de hacer una cosa».

Si establecemos que, por un lado, se tiene al cumplimiento como equivalente al pago de una obligación; y, por el otro, al incumplimiento como expresión referida al incumplimiento absoluto o relativo —en cualquiera de los matices a que hemos hecho referencia—, podemos expresar que el Derecho sí acepta un campo intermedio entre ambos conceptos, lo que equivale a decir que se podría dejar de cumplir una obligación, sin entrar en el campo del incumplimiento. Esta afirmación obedece a que el pago no es el único medio extintivo de obligaciones. Es obvio que con el pago se cumple, pero pagar no es la única forma de cumplir.

Así, las partes podrían convenir novar su obligación, caso en el cual no se habría cumplido la obligación originaria, sustituida por una nueva; pero no por ello habría incumplimiento, pues el deudor ya no tendría que cumplir con la obligación extinguida, sino con aquella nueva a la que se había dado nacimiento.

Ocurre lo propio en el caso de la compensación. Para no ingresar en el campo de la compensación parcial, citaremos un ejemplo de compensación total.

Si ambas deudas tienen carácter recíproco —son líquidas, exigibles y sus prestaciones de objetos fungibles entre sí—, una de las partes podría oponer a la otra la compensación de su deuda; de esta forma, dará

[3] *Idem.*

por extinguidas ambas obligaciones en su totalidad, sin que se haya producido el cumplimiento de ninguna de las dos, habida cuenta que ni una parte ni la otra han ejecutado sus respectivas obligaciones.

Entonces, mal podríamos hablar de cumplimiento, pero tampoco podríamos referirnos a un incumplimiento. En buena cuenta, lo que se habría producido es una suerte de cumplimiento ficticio, pero en estricto no se habría ejecutado la obligación. No obstante, ambas deudas se habrían extinguido en virtud de este medio llamado compensación. Lo propio sería aplicable respecto a la compensación de carácter bilateral.

Por otra parte, cuando aludimos a la condonación o remisión, medio extintivo de obligaciones a través del cual deudor y acreedor deciden la extinción de la relación obligatoria sin que haya habido pago —es decir, mediante el perdón de la deuda—, no habrá cumplimiento por parte del deudor, habida cuenta que este ya nada tiene que cumplir, simplemente porque nada debe; pero es obvio que no se podría calificar a esta situación como una de incumplimiento.

En términos similares, podríamos referirnos a la consolidación o confusión, esto es cuando una obligación se extingue por reunirse en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y deudor. Es justamente esta contradicción la que conduce a que la obligación se extinga, y por estar extinguida ya no hay nada que cumplir; pero aquí tampoco nos encontraremos en el terreno del incumplimiento.

El mutuo disenso nos plantea una situación similar, ya que al decidir las partes de común acuerdo dejar sin efecto el acto jurídico o contrato en el que ambas tienen obligaciones pendientes de pago, lo que están pactando es justamente no pagarse recíprocamente aquello que tenían que pagarse; esto es acordar voluntariamente dejar de cumplir. Aquí también es obvio que este no cumplimiento no importa un incumplimiento de las obligaciones recíprocas.

Todos los medios extintivos de obligaciones a que hemos hecho referencia tienen en común el ser sustitutorios al pago; es decir, al cumplimiento de lo que era debido, y por eso la obligación se extinguirá sin cumplirse.

Caso distinto puede ser el de la transacción, ya que si bien estamos en presencia de un medio extintivo de obligaciones, a través del cual se pone fin a un asunto dudoso o litigioso, el carácter extintivo propiamente dicho se encuentra solo en aquello que pone fin a los problemas existentes, incluso si para tal efecto las partes cumplen, al tiempo de celebrar la transacción, con ejecutar determinadas prestaciones que no eran materia de controversia alguna.

Sin embargo, no podríamos decir lo mismo respecto de aquellas nuevas obligaciones a que diera origen la transacción, ajenas al asunto dudoso o litigioso, pues si estas se pactan para ser cumplidas en el futuro, resulta claro que sí podríamos hablar del cumplimiento o incumplimiento de las mismas.

En conclusión, como se aprecia, los términos a que hemos hecho referencia —cumplimiento e incumplimiento— son campos que no resultan necesariamente contradictorios, en la medida que existe una zona muy amplia que los separa, que es precisamente aquella constituida por los medios extintivos de obligaciones distintos del pago.

2.2. Clases de incumplimiento

Ahora bien, si nos referimos al incumplimiento, podríamos mencionar que el mismo puede revestir carácter temporal o definitivo.

2.2.1. Incumplimiento temporal

Será temporal cuando el deudor, pudiendo cumplir todavía la prestación en el futuro, no ha procedido a pagar en el momento debido, o si antes del vencimiento de la obligación surge una causa temporal que impide cumplir cuando opere dicho vencimiento.

No debemos confundir el tema del incumplimiento temporal con la mora en el Derecho de Obligaciones, ya que, como ha sido mencionado reiteradas veces a lo largo de este Tratado, en el Derecho Peruano las palabras «mora» y «demora» no son sinónimas, pues la regla que recoge la ley civil peruana es la mora por intimación y no la mora automática, salvo los supuestos de excepción previstos por la segunda parte del artículo 1333 del Código Civil —y, en materia mercantil, por el Código de Comercio—.

No vamos a ingresar en esta parte de nuestro trabajo al estudio de la mora, pues ello corresponde al penúltimo tema de inejecución de obligaciones. Simplemente queremos dejar sentado que el incumplimiento temporal implica, por su naturaleza, la posibilidad de un cumplimiento ulterior, de modo tal que la prestación debida todavía resulte posible y útil para el acreedor, además de no haber perdido el requisito de licitud.

2.2.2. Incumplimiento definitivo

En lo que respecta al otro tipo de incumplimiento, el de carácter definitivo, él no implica, necesariamente, que se produzca en el momento en que debe efectuarse el pago, pues, por citar un ejemplo ilustrativo, si la prestación deviniese en imposible antes del plazo pactado para su ejecución, ya tendríamos que hablar de que se producirá un incumplimiento definitivo.

Ahora bien, no queremos dejar en el lector la sensación de que necesariamente debe identificarse el incumplimiento definitivo con la imposibilidad material de ejecución de la prestación, pues esta es solo un supuesto representativo.

Podría ocurrir que la prestación todavía fuera factible de ejecutarse, pero que una vez producido el incumplimiento, ella carezca de utilidad para el acreedor, en la medida que el plazo fue determinante para que el acreedor contrajera la obligación incumplida.

No obstante lo expuesto, y a pesar de no ser determinante el plazo convenido para el cumplimiento, el acreedor, ante el retraso del deudor, podría haber perdido interés en la ejecución de la prestación que le era debida.

No debe confundirse la reticencia del deudor a cumplir una prestación posible, sobre la cual cabría recurrir a una ejecución forzosa, con el incumplimiento definitivo. En el primer caso, el acreedor podría exigir el cumplimiento forzoso de la obligación en la vía judicial y, si lograra su objetivo, nos encontraríamos ante un supuesto de incumplimiento temporal, que finalmente se tornó en cumplimiento, más allá de que para tal fin se haya tenido que recurrir a la ejecución forzosa de la prestación y al pago de los daños y perjuicios moratorios. En el segundo supuesto, el del incumplimiento definitivo, la prestación ya no es posible o es inútil para el acreedor o este carece de interés por ella. Aquí entra en juego el sistema de los daños y perjuicios compensatorios.

2.3. El cumplimiento y el incumplimiento dentro del Código Civil de 1984

El Código nacional emplea las expresiones «cumplir», «incumplir», y las palabras que de estos verbos se derivan, en infinidad de normas.

No consideramos, sin embargo, dentro de ese conjunto de preceptos, a los artículos en los cuales dichas expresiones son empleadas fuera del contexto de la ejecución o inejecución de obligaciones —como son los casos, por ejemplo, del cumplimiento de una determinada edad o de una condición o cualquier otra modalidad de los actos jurídicos—. Anotamos a pie de página y a título ilustrativo, todos aquellos preceptos que sobre la materia contiene el Código de 1984,[4] resaltando —en cursiva— las expresiones pertinentes.

[4] En primer término, en Derecho de Personas, el artículo 104, inciso 6, establece como una de las funciones básicas del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones el promover la coordinación de las fundaciones de fines análogos, cuando los bienes de estas resulten insuficientes para el *cumplimiento* del fin fundacional. Ese mismo Consejo puede iniciar acción judicial contra los administradores que no *cumplan* con presentar las cuentas y el balance anuales de la fundación o si éstos fueron desaprobados, así como en otros supuestos de *incumplimiento* de sus deberes, caso en el cual la demanda de responsabilidad por *incumplimiento* de estos deberes, se tramitará como proceso de conocimiento (artículo 106).
El referido Consejo también está facultado para solicitar la disolución de la fundación cuya finalidad resulte de imposible *cumplimiento* (artículo 109).
Igualmente (artículo 121), cuando el Comité ha *cumplido* la finalidad propuesta, o si ella no se ha podido alcanzar, el Consejo Directivo procede a la disolución y liquidación del Comité; en tanto que si se hubiere *cumplido* dicha finalidad o si ella no se hubiera podido alcanzar, los órganos respectivos solicitarán su disolución y rendición de cuentas (artículo 132).
Dentro del Libro de Acto Jurídico, el artículo 181, inciso 1, al tratar el supuesto en el cual el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda, señala la presunción de insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el *cumplimiento* de su prestación.
En el artículo 185 se establece que el *cumplimiento* del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario; y cuando el *cumplimiento* del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna; en tanto que si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, este debe *cumplirse* en el que el juez señale (artículo 186).
Sobre el mismo tema, en el artículo 187 se indica que el gravado con el cargo no está obligado a *cumplirlo* en la medida en que exceda el valor de la liberalidad; en tanto que en el numeral 188 se señala que la obligación de *cumplir* los cargos impuestos para la adquisición de un derecho pasa a los herederos del que fue gravado con ellos, a no ser que fueren *intuitu personae*, caso en el cual, si el gravado muere sin *cumplir* los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos.
Por su parte, el numeral 198 establece que no procede la declaración de ineficacia cuando se trata del *cumplimiento* de una deuda vencida, si esta consta en documento de fecha cierta.
Al referirse al tema del error, el artículo 206 señala que la parte que incurre en ese vicio de voluntad no puede pedir la anulación del acto si, antes de haber sufrido un perjuicio, la otra ofreciere *cumplir* conforme al contenido y a las modalidades del acto que aquella quiso celebrar.
En torno al tema de los esponsales, la promesa recíproca de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo ni de ajustarse a lo estipulado para el caso de *incumpli-*

miento de la misma. Si dicha promesa se formaliza indubitablemente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de *cumplir* por culpa exclusiva de uno de los promitentes, este se encontrará obligado a resarcir los daños y perjuicios causados (artículo 240).

Por otra parte, el juez puede suspender el deber de los cónyuges de hacer vida común en el domicilio conyugal, cuando su *cumplimiento* ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia (artículo 289).

A través del artículo 326 se otorga regulación jurídica al concubinato, considerándolo como la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial para alcanzar finalidades y *cumplir* deberes semejantes a los del matrimonio, la misma que origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Por otro lado, en el numeral 441 se establece que el cónyuge que ejerza la patria potestad, después de disuelto el matrimonio, está obligado a hacer inventario judicial de los bienes de sus hijos, bajo sanción de perder el usufructo legal; y mientras no *cumpla* con esta obligación, no puede contraer nuevo matrimonio.

Por su parte, el padre o la madre que se case sin *cumplir* la obligación que le imponen los artículos 433 y 434, pierde la administración y el usufructo de los bienes de los hijos del matrimonio anterior, así como el de los hijos extramatrimoniales, quedando los nuevos cónyuges solidariamente responsables como los tutores (artículo 444).

El artículo 468 prescribe que el juez, a solicitud de parte o de oficio, nombrará curador para los hijos y proveerá a su seguridad y a la de sus bienes, en caso de que el consejo de familia no *cumpla* con lo dispuesto por la ley, o que pueda resultar perjuicio.

Los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que la determinaron, pudiendo intentar dicha acción luego de transcurridos tres años de *cumplida* la sentencia correspondiente (artículo 471).

De acuerdo con el artículo 518, inciso 3, pueden excusarse del cargo de tutor, aquellos que por enfermedad crónica no pueden *cumplir* los deberes del cargo.

En sede de Derecho Sucesorio, el inciso 4 del artículo 699 establece la necesidad de que el testamento cerrado se otorgue *cumpliendo* las formalidades indicadas en los incisos 2 y 3 del mismo artículo, en acto que se efectúe estando reunidos testador, testigos y notario, quien dará al testador copia certificada del acta.

El numeral 711 señala que comprobada la autenticidad del testamento y el *cumplimiento* de sus requisitos de forma, el juez mandará protocolizar el expediente.

Para el caso de testamento por escritura pública o cerrado, que sea otorgado por peruanos que residan o se encuentren en el extranjero, el agente consular del Perú *cumplirá* la función de notario público (artículo 721).

Por su parte, el artículo 728 prescribe que si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para *cumplirla*.

En el numeral 758 se señala que la elección de un bien mueble indeterminado que no se encuentre dentro del patrimonio hereditario, es válida, debiendo ser elegido por el encargado de pagar el legado, quien *cumplirá* con dar un bien que no sea de calidad inferior ni superior a aquel, debiendo tener en consideración la parte disponible de la herencia y las necesidades del legatario.

El legado de alimentos, a falta de disposición testamentaria en lo que se refiere a cuantía y forma de pago, se *cumple* asignando al legatario una pensión, la misma que se regirá por lo establecido en los artículos 472 a 487 (artículo 766).

Por otro lado, el artículo 778 dispone que el testador puede encomendar a una o varias personas (albaceas) el *cumplimiento* de sus disposiciones de última voluntad; en tanto que constituye una de las obligaciones del albacea (artículo 787, inciso 9) *cumplir* los encargos especiales del testador.

Dentro de otras disposiciones respecto de este tema, en el artículo 794 se establece que el albacea debe presentar a los sucesores un informe escrito de su gestión y, de ser el caso, las cuentas correspondientes debidamente documentadas; debiendo *cumplir* también este deber durante el ejercicio del cargo, con frecuencia no inferior a seis meses, cuando lo ordene el juez civil a pedido de cualquier sucesor.

El albacea está facultado para exigir que se *cumpla* la voluntad del testador (artículo 797).

En el artículo 812 se señala que el testamento es anulable por defectos de forma cuando no han sido *cumplidas* las demás formalidades señaladas para la clase de testamento empleada por el testador.

Dentro del ámbito de los Derechos Reales, el artículo 897 señala que no es poseedor quien encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en *cumplimiento* de órdenes e instrucciones suyas.

En cuanto a los Derechos Reales de garantía debe recordarse que el artículo 1055 establece que la prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el *cumplimiento* de cualquier obligación; en tanto que ella (la prenda) es indivisible y garantiza la obligación mientras no se *cumpla* íntegramente (artículo 1056).

El numeral 1069 prescribe que vencido el plazo sin haberse *cumplido* la obligación, el acreedor puede proceder a la venta del bien en la forma convenida; en tanto que si el deudor no entrega el bien ofrecido en prenda o el que debe sustituirlo conforme al artículo 1072, el acreedor puede exigir el *cumplimiento* de la obligación principal aunque el plazo no esté vencido (artículo 1071).

De acuerdo con el artículo 1080, el que guarda el bien prendado tiene la obligación de devolverlo cuando se *cumpla* la prestación y queden satisfechos los gastos de conservación, bajo responsabilidad.

Por otro lado, cuando la pérdida del bien se produzca por causas no imputables al depositario, ocurridas después de *cumplida* la obligación principal, aquel pagará el valor actual de la prenda si no tuvo motivo para demorar su devolución, salvo que pruebe que se habría perdido por la misma causa, de haber estado en poder de quien debía recibirla.

En lo que respecta al derecho real de hipoteca, el artículo 1097 establece que en virtud de ella se afecta un inmueble en garantía del *cumplimiento* de cualquier obligación, propia o de un tercero; siendo uno de los requisitos para su validez, el que asegure el *cumplimiento* de una obligación determinada o determinable (artículo 1099, inciso 2).

En relación con este derecho real de garantía, el artículo 1110 dispone que si los bienes hipotecados se pierden o deterioran de modo que resulten insuficientes, puede pedirse el *cumplimiento* de la obligación aunque no esté vencido el plazo, salvo que se garantice el pago a satisfacción del acreedor; mientras el artículo 1111 señala que aunque no se *cumpla* la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca, siendo nulo todo pacto en contrario.

En lo relativo al derecho de retención, este se ejercita extrajudicialmente, rehusando la entrega del bien hasta que no se *cumpla* la obligación por la cual se invoca (artículo 1127, inciso 1), y aunque no se cumpla la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido, siendo nulo todo pacto en contrario (artículo 1130).

Ya dentro del Derecho de Obligaciones, en el artículo 1144 se establece que si la elección del bien incierto se confía a un tercero y este no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquel el pago de la indemnización que corresponda por su *incumplimiento*.

Por su parte, el numeral 1148 prescribe que el obligado a la ejecución de un hecho debe *cumplir* la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

Por otro lado, en el artículo 1150 se establecen las facultades del acreedor ante el *incumplimiento* de la obligación de hacer por culpa del deudor; mientras que en el artículo 1151 se indican las medidas con que cuenta dicho acreedor frente al *cumplimiento* parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor; *cumplimiento* que si revistiera estas características, pero no obedeciera a culpa del deudor, solo permitiría al acreedor optar por lo previsto en los incisos 2, 3 ó 4 del citado artículo 1151 (artículo 1153).

El segundo párrafo del artículo 1155 dispone que cuando el *cumplimiento* de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, este hubiera sido constituido en mora, la obligación del deudor queda resuelta, conservando dicho deudor el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

El artículo 1156 establece que si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta; debiendo el deudor devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no *cumplida*.

En cuanto a las obligaciones de no hacer, el artículo 1158 señala las medidas con que cuenta el acreedor ante el *incumplimiento* de la obligación por culpa del deudor.

Por otra parte, en materia de obligaciones alternativas, la ley (artículo 1161) prescribe que el deudor solo debe *cumplir* por completo una de ellas; en tanto que una obligación de estas características se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, son nulas o imposibles de *cumplir* por causas no imputables a las partes (artículo 1167).

Conforme al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, el numeral 1169 establece que la obligación facultativa se extingue cuando la obligación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria sea válida o posible de *cumplir*. Igualmente, el artículo 1170 dispone que la obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de *cumplir*.

En materia de obligaciones divisibles, el artículo 1174 prescribe que el beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de *cumplir* la prestación o por quien se encuentre en posesión de la cosa debida.

Dentro de las normas de obligaciones indivisibles, se establecen las características principales de este tipo de obligaciones, las mismas que no resultan susceptibles de división o de *cumplimiento* parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fueron consideradas al constituirse (artículo 1175).

A su vez, el artículo 1180 dispone que en caso de inejecución de una obligación indivisible, cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a *cumplir*, quienes solo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda.

En materia de obligaciones solidarias, el artículo 1184 prescribe que la solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores; pero tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el *cumplimiento* de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo.

La ley también señala (artículo 1195) que el *incumplimiento* de la obligación solidaria por causa imputable a uno o a varios codeudores no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida, pudiendo el acreedor pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del *incumplimiento*.

En materia de cesión de derechos, el artículo 1216 establece que el deudor que, antes de la comunicación o de la aceptación, *cumple* la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario, si este prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada.

En torno al pago, el artículo 1222 dispone que, en principio, puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el *cumplimiento* de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él.

Dentro del tema del pago por consignación, y como un segundo supuesto, la ley establece que puede efectuarse en caso de negativa expresa o tácita del acreedor a recibir el pago, entendiéndose que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de

inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora para el *cumplimiento*, y otras conductas análogas (artículo 1251, inciso 2).

En la misma institución, cuando la nueva normatividad del pago por consignación efectúa el absurdo distingo entre el ofrecimiento judicial o extrajudicial, señala dentro de los supuestos del ofrecimiento judicial, entre otros, a los cuestionables casos de cuando por causa que no le sea imputable el deudor estuviera impedido de *cumplir* la prestación de la manera prevista o cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda *cumplir* la prestación que le compete.

Respecto al ofrecimiento extrajudicial —en supuesto absurdo—, el artículo 1252 también establece que el mismo debe efectuarse de la manera que estuviera pactada la obligación y, en su defecto, mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de *cumplimiento* debido, si estuviera determinado; en tanto que si no lo estuviera, la anticipación debe ser de diez días anteriores a la fecha de *cumplimiento* que el deudor señale.

En sede de pago con subrogación, el artículo 1260, inciso 1, señala que la subrogación opera de pleno derecho en favor de quien por tener legítimo interés *cumple* la obligación.

En materia de dación en pago, en un intento por describir esta figura, el Código Civil establece en su artículo 1265 que el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente de la que debía *cumplirse*.

Por otro lado, en lo que respecta al pago indebido, el segundo párrafo del artículo 1273 prescribe la presunción de error en el pago cuando se *cumple* con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada; mientras el primer párrafo del artículo 1275 señala que no hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para *cumplir* deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.

En materia de novación, cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, solo habrá novación si se *cumple* la condición, salvo pacto en contrario (artículo 1284).

Dentro de las normas relativas a inejecución de obligaciones, los preceptos centrales están constituidos por el artículo 1314, que establece 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; en tanto que el artículo 1315 señala que 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.

Como sabemos, el artículo 1316 se ocupa de la extinción de la obligación si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor; estableciendo que a pesar de que dicha causa sea temporal, la obligación se extinguirá si la causa que determina la inejecución persiste hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su *cumplimiento* o el mismo ya no le sea útil.

En el artículo 1317 se señala que el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su *cumplimiento* parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente en el título constitutivo de la obligación.

En virtud de lo establecido en el artículo 1321, 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; pero si dicho *incumplimiento* obedeciera a culpa leve, el monto indemnizatorio se limitará al daño que podía preverse al tiempo en que la obligación fue contraída.

De otro lado, el artículo 1323 del Código brinda un eficaz mecanismo a favor del acreedor, al prescribir que cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el *incumplimiento* de tres cuotas, sucesivas o no, concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, salvo pacto en contrario.

En materia probatoria, a través del artículo 1329 se establece la presunción de que la inejecución de la obligación, o su *cumplimiento* parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor; en tanto que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado (artículo 1330), al igual que la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía (artículo 1331).

En torno a la mora, la ley (artículo 1333) indica que incurre en ese estado el deudor desde que el acreedor le exija el *cumplimiento* de su obligación; no siendo necesaria la intimación para que la mora exista, cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a *cumplir* la obligación (inciso 3 del citado artículo 1333).

Respecto a este mismo tema, en el artículo 1335 se señala que en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos *cumple* su obligación u otorga garantía de que la *cumplirá*; en tanto que el deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el *cumplimiento* de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable (artículo 1336).

En virtud de lo establecido en el artículo 1338, el acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no *cumple* con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación; asumiendo dicho acreedor (artículo 1340) los riesgos por la imposibilidad de *cumplimiento* de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor.

La cláusula penal es recogida por el artículo 1341, siendo el pacto por el que se acuerda que, en caso de *incumplimiento*, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, previamente establecida, debiendo tenerse presente que cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el *cumplimiento* de la obligación (artículo 1342).

A ello hay que agregar lo dispuesto por el artículo 1343, en el sentido que para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos, pero ella solo puede exigirse cuando el *incumplimiento* obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.

Por su parte, el artículo 2095 prescribe que las obligaciones contractuales se rigen por

En la norma más polémica de obligaciones con cláusula penal, el artículo 1346 establece que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente *cumplida*.

Ya en sede de Derecho de Contratos, el Código establece en su artículo 1404, que la licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarán al momento del *cumplimiento* de la condición o del vencimiento del plazo.

En cuanto a la forma de los contratos, el artículo 1412 dispone que si por mandato legal o convenio debe otorgarse escritura pública o *cumplirse* otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, estas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

Respecto a los contratos con prestaciones recíprocas, el artículo 1426 señala que en los contratos de este tipo en que las prestaciones deben *cumplirse* simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el *cumplimiento* de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su *cumplimiento*; en tanto el numeral 1427 dispone que si después de celebrado un contrato de estas características sobreviniese el riesgo de que la parte que debe *cumplir* en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquella satisfaga la que le concierne o garantice su *cumplimiento*.

Por su parte, el artículo 1428 prescribe que en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando una de las partes falta al *cumplimiento* de su prestación, la otra parte puede solicitar el *cumplimiento* o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios; en tanto que a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de *cumplir* su prestación. En adición, el artículo 1429 establece que en el caso del artículo precedente la parte que se perjudica con el *incumplimiento* de la otra puede requerirla mediante carta notarial para que satisfaga su prestación del contrato.

Siempre dentro del contrato con prestaciones recíprocas, el artículo 1430 señala que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no *cumple* determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

En la teoría del riesgo, el artículo 1433 hace aplicables las reglas de los artículos 1431 y 1432, cuando el *cumplimiento* de la prestación se torna parcialmente imposible, a menos que el acreedor manifieste al deudor su conformidad para el *cumplimiento* parcial, en cuyo caso debe efectuarse una reducción proporcional en la contraprestación debida.

Por otro lado, en lo que respecta a los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas, el artículo 1434 establece que la imposibilidad sobreviniente de *cumplir* la prestación por una de las partes, no determina la resolución del contrato respecto de las otras, a menos que la prestación *incumplida* se considere esencial, de acuerdo con las circunstancias; en tanto que en los casos de *incumplimiento*, las otras partes pueden optar por resolver el vínculo respecto del que hubiese *incumplido* o exigir su *cumplimiento*.

En materia de cesión de posición contractual, el artículo 1437 dispone que si el cedente hubiera pactado con el cedido que no queda liberado por la cesión y el cesionario no *cumple* las obligaciones asumidas, el cedido debe comunicar al cedente del *incumplimiento* del cesionario dentro de los treinta días en que se produjo, bajo pena de que el cedente quede libre de responsabilidad.

De acuerdo con el artículo 1438, es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el *cumplimiento* de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador.

En la lesión tenemos al artículo 1454, el mismo que señala que esta acción caduca dentro de seis meses de *cumplida* la prestación, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato.

Respecto al contrato en favor de tercero, el artículo 1457 establece que es aquel por el cual el promitente se obliga frente al estipulante a *cumplir* una prestación en beneficio de tercera persona, teniendo derecho el estipulante a exigir el *cumplimiento* de la obligación por el promitente (artículo 1461).

En virtud de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el promitente queda obligado a indemnizar al promisario si el tercero no asume la obligación o no *cumple* el hecho prometido, respectivamente (tal como lo prescribe el artículo 1470).

Por otra parte, en materia de arras confirmatorias, en caso de *cumplimiento*, quien recibió las arras las devolverá o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación (artículo 1477); en tanto que si la parte que hubiese entregado las arras no *cumple* la obligación por causa imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras (artículo 1478).

Asimismo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1479, si la parte que no ha *incumplido* la obligación prefiere demandar la ejecución o la resolución del contrato, la indemnización de daños y perjuicios se regula por las normas generales.

En Contratos Típicos tenemos al artículo 1530, precepto que señala que los gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar diferente del de *cumplimiento* son de cargo del comprador, salvo pacto distinto.

La resolución de la compraventa por *incumplimiento* del comprador da lugar a que el vendedor devuelva lo recibido, teniendo derecho a una compensación equitativa por el uso del bien y a la indemnización de los daños y perjuicios, salvo pacto en contrario (artículo 1563).

En el caso de la compraventa a prueba, si no se realiza la prueba o el resultado de esta no es comunicado al vendedor durante el plazo de entrega, la condición se tendrá por *cumplida* (artículo 1572).

En lo que respecta al contrato de suministro, si este se hubiese pactado en la modalidad de entrega periódica de bienes en propiedad y no se hubiera determinado el precio, serán aplicables las reglas pertinentes de la compraventa y se tendrán en consideración el momento del vencimiento de las prestaciones singulares y el lugar en que estas deben ser *cumplidas* (artículo 1609).

Dentro del propio contrato de suministro podemos mencionar al artículo 1618, precepto que establece que el beneficiario del suministro que asume la obligación de promover la venta de los bienes que tiene en exclusividad, responde de los daños y perjuicios si *incumple* esa obligación aun cuando haya satisfecho el contrato respecto de la cantidad mínima pactada; en tanto el artículo 1619 dispone que si el beneficiario del suministro no satisface la obligación que le corresponde y este *incumplimiento* es de escasa importancia, el suministrante no puede suspender la ejecución del contrato sin darle aviso previo. El numeral 1620, por su parte, señala que cuando alguna de las partes *incumple* las prestaciones singulares a que está obligada, la otra puede pedir la resolución del contrato si el *incumplimiento* tiene una importancia tal que disminuya la confianza en la exactitud de los sucesivos *cumplimientos*.

En el contrato de mutuo citamos lo dispuesto en el numeral 1652, que prescribe que en el caso del mutuo celebrado por incapaces o ausentes, no será necesaria la intervención de los representantes o el *cumplimiento* de las formalidades de la transacción, según el caso, cuando el valor del bien mutuado no exceda diez veces el sueldo mínimo vital mensual.

En materia de arrendamiento, el artículo 1681, inciso 11, indica que el arrendatario está obligado a *cumplir* las demás obligaciones que establezca la ley o el contrato; en tanto que el arrendamiento puede resolverse, entre otras causales, si el arrendador o el arrendatario no *cumplen* cualesquiera de sus obligaciones (artículo 1697, inciso 5); y, finalmente, el artículo 1698 prescribe que la resolución por falta de pago de la renta se sujeta a lo pactado, pero en ningún caso procede tratándose de casas-habitación comprendidas en leyes especiales, si no se han *incumplido* por lo menos dos mensualidades y quince días.

En el contrato de hospedaje, el artículo 1719 señala que el hospedante responde de los objetos de uso corriente introducidos por el huésped, siempre que este *cumpla* las prescripciones del aviso que estará fijado en lugar visible de las habitaciones.

En lo que respecta al contrato de comodato, si el comodante necesita con urgencia imprevista el bien o acredita que existe peligro de deterioro o pérdida si continúa en poder del comodatario, puede solicitarle su devolución antes de *cumplido* el plazo o de haber servido para el uso (artículo 1736).

En sede de mandato, el artículo 1794 establece que si el mandatario utiliza en su beneficio o destina a otro fin el dinero o los bienes que ha de emplear para el *cumplimiento* del mandato o que deba entregar al mandante, está obligado a su restitución y al pago de indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, en el artículo 1796 se establece que el mandante está obligado frente al mandatario, entre otros deberes, a facilitarle los medios necesarios para la ejecución del mandato y para el *cumplimiento* de las obligaciones que a tal fin haya contraído, salvo pacto distinto.

Igualmente, el artículo 1797 señala que el mandatario puede abstenerse de ejecutar el mandato en tanto que el mandante estuviera en mora frente a él en el *cumplimiento* de sus obligaciones; pudiendo el mandatario retener los bienes que obtenga para el

mandante en *cumplimiento* del mandato, mientras no *cumpla* aquel las obligaciones que le corresponden de acuerdo a ley (artículo 1799); no siendo responsable el mandatario frente al mandante por la falta de *cumplimiento* de las obligaciones asumidas por las personas con quienes haya contratado, a no ser que al momento de la celebración del contrato conociese o debiese serle conocida su insolvencia, salvo pacto distinto (artículo 1812).

En sede de depósito necesario, el Código Civil regula el concepto de este contrato en el numeral 1854, donde establece que es el depósito que se hace en *cumplimiento* de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos.

De otro lado, el artículo 1868 prescribe que por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a *cumplir* determinada prestación en garantía de una obligación ajena, si esta no es *cumplida* por el deudor.

El artículo 1876 señala que el obligado a dar fianza debe presentar a persona capaz de obligarse, que sea propietaria de bienes suficientes para cubrir la obligación y realizables dentro del territorio de la República, caso en el cual el fiador queda sujeto a la jurisdicción del juez del lugar donde debe *cumplirse* la obligación del deudor.

El numeral 1877 regula el caso de insolvencia del fiador, estableciendo que si el deudor no puede dar otro fiador o no ofrece otra garantía idónea, el acreedor tiene derecho a exigir el *cumplimiento* inmediato de la obligación.

En torno al beneficio de excusión, la ley dispone (artículo 1882) que no se tomarán en cuenta para estos efectos, los bienes embargados, litigiosos, hipotecados, dados en anticresis o prendados, por deudas preferentes, en la parte que fuere necesario para su *cumplimiento*.

Concluyendo el tema de la fianza, el artículo 1898 señala que el fiador que se obliga por un plazo determinado, queda libre de responsabilidad si el acreedor no exige notarial o judicialmente el *cumplimiento* de la obligación dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo o abandona la acción iniciada.

En lo que respecta a la gestión de negocios, el Código (artículo 1952) establece que aunque no hubiese ratificación expresa, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la gestión, debe *cumplir* las obligaciones que el gestor ha asumido por él en nombre propio y hacerse responsable de ellas.

Por otra parte, el artículo 1956 dispone que por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a *cumplir* una determinada prestación en favor de otra persona.

En materia de responsabilidad extracontractual, el artículo 1981 expresa que aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en *cumplimiento* del servicio respectivo.

En lo que respecta a las normas de Derecho Internacional Privado, puede mencionarse el artículo 2090, cuando dispone que el desplazamiento de los bienes corporales no influye sobre los derechos que hayan sido validamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior, no obstante lo cual tales derechos solo pueden ser opuestos a terceros después de *cumplidos* los requisitos que establezca la ley de la nueva situación.

3. El incumplimiento según la naturaleza de las obligaciones

3.1. En las obligaciones de dar

En materia de obligaciones de dar bienes ciertos, el deudor incurrirá en incumplimiento en la medida que no entregue el bien que las partes han determinado en el título constitutivo de la obligación, conforme al artículo 1132 del Código Civil —en el entendido que nos estamos refiriendo únicamente a la naturaleza de la prestación, esto es al criterio de identidad, con prescindencia de otros criterios que pueden acarrear incumplimiento y que no corresponde abordar en esta parte de nuestro trabajo—.

---

la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su *cumplimiento*; pero si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de celebración. Este numeral agrega que si el lugar de *cumplimiento* no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración.

Por otro lado, el artículo 2103 señala que si la sentencia procede de un país en el que no se da *cumplimiento* a los fallos de los tribunales peruanos, no tiene fuerza alguna en la República.

También puede mencionarse al artículo 2105, segundo párrafo, cuando dispone que el reconocimiento en el Perú de una sentencia extranjera de quiebra debe *cumplir* con los requisitos de notificación y publicidad previstos en la ley peruana para las quiebras de carácter nacional.

El artículo 2108 establece que el trámite para la declaración de ejecutoria se ajusta a lo establecido en el Código Procesal Civil; y *cumplido* ese trámite, la sentencia extranjera tendrá la misma fuerza ejecutoria que tienen las sentencias internacionales.

El artículo 2110 prevé que la autoridad de cosa juzgada de una sentencia extranjera puede hacerse valer dentro de un juicio si *cumple* con los requisitos establecidos por la ley, sin necesidad de someterla al procedimiento del exequatur.

Por último, el artículo 2117 norma los derechos de los herederos de quien haya muerto antes de la vigencia del Código (14 de noviembre de 1984), señalando que los mismos se rigen por las leyes anteriores. La sucesión abierta desde que rige este Código se regula por las normas que contiene, pero se *cumplirán* las disposiciones testamentarias en cuanto el propio Código lo permita.

Si se tratara de la obligación de dar bienes inciertos, en la que se hubiese indicado al menos la especie y cantidad según lo previsto por el artículo 1142 del Código Civil, la elección corresponderá al deudor, salvo que resultara lo contrario de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso (artículo 1143, primer párrafo, del Código Civil).

El deudor incurriría en incumplimiento si escogiese bienes de calidad inferior a la media. De igual modo, si la elección corresponde al acreedor, este incumpliría la obligación si escoge bienes de calidad superior a la media.

Si las partes hubiesen deferido la elección a un tercero y este no escoge bienes de calidad media, también estaría incurriendo en incumplimiento (artículo 1143, segundo párrafo, del Código Civil).

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1144, si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponderá al acreedor; aplicándose igual regla, pero a la inversa, cuando la elección deba practicarla el acreedor. Si quien omite efectuar la elección es un tercero, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes, si el tercero se hubiera obligado a elegir, de exigirle el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

En materia de obligaciones de dar bienes fungibles, como oportunamente lo hemos expresado, es el deudor quien debe realizar la individualización del bien —salvo que se hubiera pactado algo distinto—.

En caso de que no se individualizara el bien, el acreedor tendría —entre otras medidas— expedito su derecho para solicitar la ejecución forzosa.

Por lo demás, tanto en las obligaciones de dar bienes inciertos como en las de dar bienes fungibles, resultará prácticamente imposible imaginar que se incumplan por perecimiento de toda la especie,

ya que comúnmente estamos hablando de especies de número ilimitado —salvo que se trate de una especie de número reducido, caso en el cual nos encontraríamos ante las obligaciones denominadas *unum de certis* o *incertum ex certis*, que, como sabemos, tienen solución jurídica distinta en caso de perderse toda la especie—.

3.2. En las obligaciones de hacer

Como es evidente, la obligación de hacer debe ejecutarse conforme a lo establecido en su título constitutivo, de acuerdo con los principios que estudiamos en su oportunidad.

Sin embargo, precisa recordarse que la ley, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1150 del Código Civil, establece que el incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; por exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de este; o por dejar sin efecto la obligación.

En tanto que el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor (artículo 1151), permite al acreedor exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de este; considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él; exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial; o aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

No está de más añadir que en los casos previstos por los artículos 1150 y 1151, en adición al camino por el que opte el acreedor, este también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda (artículo 1152).

En sede de obligaciones de hacer, resulta necesario tener presente lo establecido por el artículo 1153, sobre el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, sin culpa del deudor; y las normas relativas al riesgo por imposibilidad de ejecución de la prestación por culpa del deudor (artículo 1154), por culpa del acreedor (artículo 1155) y sin culpa de las partes (artículo 1156); además de las consecuencias previstas para el caso en que el deudor obtuviera una indemnización o adquiriese un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida (artículo 1157).

3.3. En las obligaciones de no hacer

Toda obligación de no hacer debe cumplirse con estricta abstención de aquello a lo que uno se ha obligado.

Debemos recordar que el Código Civil establece en su artículo 1158 que el incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; por exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor; o por dejar sin efecto la obligación; todo ello sin perjuicio de la correspondiente indemnización a que hubiere lugar (argumento del artículo 1159 del Código Civil). Adicionalmente, y por remisión, se aplican los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157 del mismo Código.

4. El incumplimiento en las obligaciones de objeto plural

4.1. En las obligaciones conjuntivas

Sobre la materia, remitimos a lo expresado con ocasión del análisis de esta clase de obligaciones.[5]

---

[5] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones*. Bi-

4.2. En las obligaciones alternativas

En relación con este punto, remitimos al lector a lo expresado oportunamente al analizar los artículos 1165, 1166 y 1167.[6]

4.3. En las obligaciones facultativas

Respecto de este tema, también remitimos al lector a lo expresado en el análisis de los artículos 1169 y 1170.[7]

5. El incumplimiento en las obligaciones de sujeto plural

5.1. En las obligaciones divisibles y mancomunadas

Como ha sido expresado en diversas ocasiones, si nos encontrásemos ante una obligación divisible y mancomunada, le serían aplicables las normas de las obligaciones divisibles (artículos 1172, 1173 y 1174), ya que las obligaciones mancomunadas no tienen normas propias, sino solamente un precepto de remisión (el artículo 1182), el mismo que establece que las obligaciones de esta naturaleza se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles.

Por tales consideraciones, en una obligación divisible y mancomunada —al estar obligado cada uno de los codeudores solo por su parte—, tanto el cumplimiento como el incumplimiento se circunscriben a las relaciones personales de cada uno de los deudores que cumple o incumple, no repercutiendo la indemnización de daños y perjuicios a que eventualmente hubiere lugar sobre quienes sí cumplieron con la parte que les correspondía.

---

blioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, Primera Parte, vol. XVI, tomo II, pp. 317 y 318.

[6] *Ibidem*, pp. 401-410 y 413-416.

[7] *Ibidem*, pp. 435-440 y 442-443.

5.2. En las obligaciones divisibles y solidarias

Si se tratara de una obligación divisible y solidaria, serían de aplicación los preceptos de la solidaridad, ya que la fortaleza de esta institución es incompatible con la debilidad de los principios propios de una obligación divisible.

En tal sentido resulta aplicable la doctrina que inspira al artículo 1195 del Código Civil; es decir, que el incumplimiento de la obligación solidaria por causa imputable a uno o a varios codeudores, determina que éstos respondan solidariamente por el íntegro de la indemnización, en tanto que los codeudores no culpables solo contribuirán a dicha indemnización, también solidariamente, con el íntegro del valor de la prestación incumplida. Sin embargo, en las relaciones internas entre los codeudores, solo los culpables asumirán dicha indemnización.

5.3. En las obligaciones indivisibles y mancomunadas

Las obligaciones indivisibles y mancomunadas se rigen, además de las normas propias de las obligaciones indivisibles, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204 del Código Civil, que corresponden a la solidaridad, en virtud de lo prescrito por el primer párrafo del artículo 1181 del referido cuerpo legal.

Sin embargo, si se tratara de una obligación indivisible y mancomunada, sería aplicable el artículo 1180 —norma propia de la indivisibilidad—; el mismo que prescribe que la obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios, quedando obligado cada uno de los deudores culpables por el íntegro de la indemnización, en tanto que los codeudores no culpables solo contribuirán con la parte de la indemnización proporcional al valor de su participación en la prestación incumplida. Empero, en las relaciones internas entre

los codeudores, solo los culpables asumirán el íntegro de la indemnización.

5.4. En las obligaciones indivisibles y solidarias

El segundo párrafo del artículo 1181, precepto relativo a las normas aplicables a una obligación indivisible y solidaria, establece que en estos casos —con excepción del artículo 1177— rigen las reglas de la solidaridad.

Por ello, si estuviésemos ante una obligación indivisible y solidaria, en materia indemnizatoria serían aplicables los principios previstos por el artículo 1195, que explicamos con ocasión del análisis del incumplimiento en las obligaciones divisibles y solidarias, razón por la cual remitimos al lector a lo allí expresado.

6. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO

Hemos anotado que tanto el incumplimiento absoluto de una obligación, como el cumplimiento parcial, excesivo, anticipado, tardío, defectuoso o no adecuado de la misma, nos coloca en el campo de la inejecución de obligaciones, más allá de los diversos aspectos que se pueden apreciar en relación con las consecuencias prácticas del tema.

El deudor no puede liberarse por su sola voluntad de la obligación de realizar la prestación debida. Existe, como dice Puig Brutau,[8] una necesidad de cumplir la obligación; si el obligado ha obrado de una manera reprensible, sea de manera intencionada o simplemente por negligencia, es responsable de las consecuencias del incumplimiento.

[8] PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil.* Barcelona: Editorial Bosch S.A., 1985, vol. II, tomo I, p. 710.

Al respecto Castán[9] sostiene que como la obligación lleva consigo la ineludible necesidad de su cumplimiento, si el deudor no la cumple por causas que le sean imputables, el Derecho ha de procurar de un modo u otro su efectividad, es decir, su cumplimiento forzoso o anormal.

Queda claro que la afirmación de que la relación obligatoria lleva consigo la necesidad de su cumplimiento no enerva la circunstancia de que un acontecimiento suficientemente poderoso que interfiera e imposibilite dicho cumplimiento pueda excusar al deudor, toda vez que el incumplimiento acarrea el quebrantamiento de la mencionada relación obligatoria ante el dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve (artículo 1321, primer párrafo, del Código Civil).

En suma, el principal efecto que se deriva del incumplimiento de una obligación es el quebrantamiento de la relación jurídica por causa imputable al deudor, y aquí se distinguen diversos aspectos que a continuación examinamos.

6.1. La demora

Con cargo a un análisis más exhaustivo sobre esta figura cuando comentemos el articulado correspondiente al tema de la mora, simplemente diremos que la demora implica que el deudor no cumpla la prestación en el momento debido, pero que ello no excluye que pueda honrarla de modo retrasado, sin perjuicio de la obligación de indemnizar los daños resultantes del retardo imputable en caso que incurra en mora.

El cumplimiento ulterior, que por naturaleza puede acarrear la demora, exige, sin embargo, la presencia de una prestación debida aún posible, así como el requisito de no haber perdido licitud.

[9] *Idem.*

En suma, podríamos afirmar que la demora en una obligación se caracteriza por la tardanza, dilación, retraso o falta de puntualidad en el cumplimiento. En buena cuenta es el «lapso que transcurre después del último plazo señalado para el pago de una cantidad, la restitución de una cosa o el cumplimiento de una obligación».[10]

6.2. La eventual constitución en mora

La mora implica retraso o tardanza en el cumplimiento de una obligación, pero conforme al precepto central de nuestra ley sustantiva, dicha dilación requiere, en principio, una intimación; de ahí que el artículo 1333 del Código Civil determine que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

Dicha regla intimatoria tiene, sin embargo, supuestos de excepción:

- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

[10] CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, tomo III, p. 83.

Si la mora es el retraso en el cumplimiento derivado de una exigencia a honrar la obligación, parecería que solo podría ser imputable al deudor; pero, en realidad, el retraso también puede obedecer a la falta de debida cooperación por parte del acreedor. En ese sentido, se distinguen dos clases de mora: la del deudor —*mora solvendi* o en pago— y la del acreedor —*mora accipiendi* o en recibir la prestación debida o en no cumplir con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación—.

Se advierte de la primera parte del citado artículo 1333 del Código Civil que, en definitiva, la nota que distingue a la mora del deudor es la interpelación o requerimiento del acreedor; pero a ello se debe agregar el requisito básico de la existencia de una obligación vencida, así como la culpa del deudor por el retraso injustificado.

Adicionalmente, la ley civil determina que el deudor moroso responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable —primera parte del artículo 1336—. Agrega el artículo 1337 del Código Civil que cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, este puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

Por su parte, la *mora accipiendi* implica no solo una injustificada dilación o tardanza, sino también un entorpecimiento por parte del titular del crédito, quien no colabora para permitir al deudor ejecutar la prestación, o quien sin motivo legítimo se niega a recibir el pago o la entrega del bien debido, es decir a aceptar la prestación.

Se podrían destacar las siguientes características de esta especie de mora:

- Tiene como presupuesto la licitud de la prestación del deudor y que ésta se encuentre vencida.

- El deudor ofrece cumplir la prestación de modo real y total, y en el tiempo y lugar adecuados.

- La negativa injustificada del acreedor a admitir el pago, ejecución o cumplimiento: una oferta legítima y una repulsa ilegítima. Como sostiene Puig Brutau,[11] la mora del acreedor responde al concepto de falta de la debida cooperación para recibir o admitir la prestación debida.

Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1338 del Código Civil señala que el acreedor incurre en mora cuando, sin motivo legítimo, se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la prestación, quedando obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso (artículo 1339). Asimismo, el acreedor moroso debe asumir los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor (artículo 1340).

El análisis en detalle de los temas relacionados con el retraso en el cumplimiento de la obligación que origina la mora, así como sus consecuencias, serán estudiados cuando desarrollemos esta institución.

6.3. La eventual indemnización de daños y perjuicios

A decir de Manuel Albaladejo,[12] la indemnización presupone: 1) Que no sea obtenible la ejecución exacta de la prestación *in natura*; 2) Que exista efectivamente un perjuicio; 3) Que este proceda de dicha inejecución; y 4) Que de ella sea responsable el deudor.

[11] PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, tomo I, volumen II, p. 723.

[12] ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil.* Derecho de Obligaciones. Barcelona: Editorial Bosch S.A., 1997, vol. II, pp. 197-205.

De estos requisitos, el primero se puede constatar a la vista del caso; el último, en principio, se presupone; y el segundo y el tercero hay que probarlos.

Siguiendo las apreciaciones de Albaladejo, nos ocuparemos en primer término del tercer presupuesto.

Su prueba, es decir que los daños proceden del incumplimiento, se efectúa demostrando que hay un nexo causal entre éstos y los daños en cuestión. Aunque para Albaladejo está claro que ellos deben provenir del incumplimiento, lo que para él presenta dificultades casi insalvables es la formulación de reglas abstractas y útiles a la vez para fijar qué daños deben estimarse causados por el incumplimiento; es decir, para los que este sea la causa efectivamente productora, y no una mera condición o un simple antecedente que ha hecho posible que se originen en virtud de otra causa eficiente.

Por eso, destaca el tratadista citado, lo único a la vez seguro y útil para la apreciación de la relación de causalidad está —una vez alegado el daño y expuesto por qué se le estima consecuencia del incumplimiento— en dejar que el Juzgador, ante la vista del caso y utilizando su criterio, determine, basándose en el buen sentido, si tal o cual daño se debe o no al incumplimiento.

En cuanto al segundo presupuesto, es decir a que exista efectivamente un perjuicio, también tenemos el parecer de Palacio Pimentel,[13] quien anota que es necesario que la mora y la inejecución o incumplimiento haya sido la causa o el origen de perjuicios en el patrimonio del acreedor. La indemnización de daños y perjuicios —agrega— procede cuando no ha sido posible el cumplimiento *in natura* de la

[13] PALACIO PIMENTEL, Gustavo H. *Elementos de Derecho Civil.* Lima: Tipografía Sesator, 1997, tomo I, pp. 403 y 404.

obligación, o sea en su forma específica, dando, haciendo o no haciendo aquello en que consista la prestación o prestaciones de la obligación. Entonces la ley hace posible que el acreedor se dirija contra el patrimonio del obligado, con el fin de restablecerse económicamente del desmedro causado en su patrimonio, por la mora o la inejecución imputable a culpa o dolo del deudor.

Autores como Jorge Eugenio Castañeda[14] hacen hincapié en que el término «incumplimiento» es amplio; él comprende no solo la falta de las obligaciones asumidas, sino la mora. De allí la división que efectúan los tratadistas franceses en daños compensatorios y daños moratorios.

En ese sentido —retomando las apreciaciones de Manuel Albaladejo—[15] si la indemnización está destinada a que el acreedor se resarza de los daños y perjuicios sufridos a causa del incumplimiento o cumplimiento inexacto, ésta debería consistir, en todo caso, en aquella suma de dinero en que se valore tanto lo que el acreedor perdió al no recibir la prestación, como lo que dejó de ganar y habría ganado de haberla recibido.

Apunta Albaladejo que los daños y perjuicios indemnizables varían según la causa del incumplimiento que los produce:

- Si éste se debe a culpa, son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

- Si se debe a dolo, serán los que conocidamente se deriven de esta falta, aunque no estuvieran previstos ni fueran previsibles entonces, y aunque no sean consecuencia necesaria de la misma.

---

14 Castañeda, Jorge Eugenio. *El Derecho de las Obligaciones*. Lima: P.L. Villanueva, 1957, tomo II, pp. 39-45.

15 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, pp. 199-205.

- La indemnización, no en el caso de dolo, pero sí en el de culpa, es moderada por los Tribunales y el ejercicio de esa facultad moderadora depende del arbitrio del Tribunal de instancia. En cualquier caso, los daños y perjuicios deben probarse, y es de apreciación de los Tribunales estimar o no su existencia real. También es de apreciación del Tribunal de instancia, estimar la cuantía de la indemnización reparadora.

- Abundante jurisprudencia exige la prueba de los daños, afirmando, a la vez, que ello es necesario porque el incumplimiento, de por sí, no implica la producción del daño, y la indemnización se debe por éste y no por aquél. De la prueba del daño se queda relevado —dice una jurisprudencia— cuando por el propio tipo de incumplimiento que sea, este apareje de por sí el daño, o de los hechos demostrados en que consista el mismo incumplimiento, se deduzca fatal y necesariamente el daño. Mas realmente no hay relevación de la prueba del daño, sino que este se prueba con los mismos hechos que demuestran el incumplimiento.

- Debiéndose la indemnización por el daño, cuando el incumplimiento que este ha motivado produjo o hizo posible obtener alguna ventaja al dañado, que no se habría conseguido sin aquel, él debe computarse para deducir su monto del daño sufrido *(compensatio lucri cum damno)*.

- El daño emergente es más fácil de probar. Por ejemplo, si A incumplió su obligación de entregar a B gratuitamente el objeto X, que en el mercado vale mil, el daño es de mil. Y si es que le había vendido algo en quinientos, y no se lo entrega, el daño que sufre A es la diferencia entre ese precio de quinientos y el que le costaría adquirir la cosa por otro camino.

- En cuanto al lucro cesante, si se exigiese la demostración absoluta y segura de que se iba a obtener y se frustró por el incumplimiento, se impedirían muchas indemnizaciones en casos en los que probablemente se habría obtenido el lucro en cuestión, pero cuyo resarcimiento no prosperará porque no se puede justificar de forma indudable que en efecto se habría obtenido. Pero, por otro lado, si se permite obtener indemnización por lucro cesante, en todo caso en que hubiese habido ganancia posible y más o menos probable, resultará que cabrá conseguir resarcimiento en hipótesis en las que a lo mejor realmente no se habría alcanzado efectivamente la ganancia que se indemnizó. Por ello Albaladejo opina que sobre el lucro cesante se debe establecer lo siguiente: se presume que se habría obtenido el que hubiese sido normal a tenor de las circunstancias. Y cuando se dice en general que el lucro cesante hay que probarlo, no se pide una prueba especial del mismo, sino que se pruebe mediante tal presunción.

Sobre el particular, el artículo 1321 del Código Civil Peruano de 1984 prescribe que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. Y agrega 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. Añade el precepto, en fin, que 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.

Además, el artículo 1322 del Código Civil dispone que el daño moral también es susceptible de resarcirse cuando él se hubiera irrogado.

Respecto de las reglas probatorias, el artículo 1329 establece que se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento

parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor. Y la ley civil añade que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable, así como de los daños y perjuicios y de su cuantía, corresponden al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (artículos 1330 y 1331).

Finalmente, si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa (artículo 1332).

No nos detendremos en el análisis del contenido y alcances de estas disposiciones, toda vez que de ellas nos ocuparemos en su oportunidad.

6.4. Los intereses moratorios y los intereses legales

El estudio doctrinario y legislativo de los intereses moratorios y legales lo hemos efectuado en extenso al comentar los artículos 1241 a 1250, a los que remitimos al lector.[16]

No ingresaremos en esta parte del trabajo al análisis de los efectos de la inejecución en las obligaciones de dar sumas de dinero, pues de ello nos ocuparemos con amplitud más adelante; solo anotamos que debe distinguirse en cuanto a la aplicación de los intereses legales y los moratorios.

El artículo 1324 del Código Civil precisa que las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño al-

[16] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. XVI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. Segunda Parte, tomo V, pp. 257-515, tomo VI y tomo VII, pp. 13-151.

guno. Asimismo, la citada norma agrega que si antes de la mora se debían intereses mayores —el precepto se refiere, sin duda, a los intereses compensatorios—, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

La distinción entre aplicar intereses legales o moratorios radica, entonces, en determinar desde qué momento el deudor ha incurrido en mora y si existían o no intereses mayores (compensatorios) antes de la morosidad.

6.5. La ejecución forzosa a través de un proceso judicial

La ejecución forzosa es el primer efecto de las obligaciones que la ley concede al acreedor para satisfacer su derecho.

El empleo de los medios legales, a fin de que el deudor procure aquello a que se obligó, se presenta ante la ausencia de la ejecución voluntaria de la prestación, y autoriza al acreedor para recurrir a la ejecución forzada con intervención de la autoridad pública. Sobre el particular, remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis del artículo 1219 del Código Civil.[17]

6.6. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a expensas del deudor

Sobre la materia remitimos al lector a lo expresado con ocasión del análisis de este medio o efecto obligacional.[18]

6.7. El ejercicio de los derechos del deudor por parte del acreedor, sea en vía de acción o de excepción, para asumir su defensa

Respecto de este tema, también remitimos al lector a lo expresado en el análisis del artículo 1219.[19]

[17] *Ibidem*. Primera Parte, tomo IV, pp. 41-44.
[18] *Ibidem*, pp. 45-49.
[19] *Idem*.

6.8. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para el acreedor

Conforme señaláramos al comentar el artículo 1151, inciso 2, del Código Civil,[20] una ejecución que no revista el cumplimiento idóneo de la prestación en los términos convenidos podría determinar que dicho resultado fuera inútil para el acreedor, en cuyo caso este tendría la facultad de considerarla no ejecutada.

Asimismo, conviene recordar que esta ejecución no útil puede revestir diversas calificaciones, según su integridad, oportunidad o forma de ejecutarse. Así, para que el acreedor pueda optar por la alternativa prevista en el numeral 2 del artículo 1151, debe tratarse de una ejecución defectuosa: parcial o excesiva, anticipada o tardía, o menos que adecuada o más que adecuada.

6.9. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial

La elección de este camino ante el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, supone una intervención judicial con la correspondiente resolución que autorice al acreedor a actuar de tal modo.

Con relación a este tema, remitimos al lector a lo expresado en el análisis del artículo 1151, inciso 3.[21]

[20] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.* Primera Parte, tomo II, pp. 235-242.
[21] *Ibidem*, pp. 240 y 241.

6.10. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere

Esta medida se adopta en el supuesto de que la prestación ejecutada no revista todas las condiciones y características previstas, pero aún así resulte útil para el acreedor.

Sobre el particular, también remitimos al lector a los comentarios efectuados a propósito del análisis del artículo 1151, inciso 4.[22]

6.11. Dejar sin efecto la obligación

Como hemos expresado al estudiar los artículos 1150, inciso 3, y 1158, inciso 3,[23] esta opción siempre resulta factible ante el incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de hacer y de no hacer, respectivamente, cuyos principios se aplican, sin abrigar duda alguna, a las obligaciones de dar. El dejar sin efecto la obligación, por un caso de incumplimiento imputable al deudor, es la fórmula a la que con mayor frecuencia apela el acreedor, para sustituirla por la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

6.12. La acción de nulidad por fraude pauliano

Dicen los Mazeaud[24] que en los derechos arcaicos la eficacia de la ejecución sobre la persona tornaba innecesaria la protección de los acreedores contra el fraude del deudor. Esa protección no surgió en Roma sino a fines de la República y habría sido creada por un pretor de nombre Paulo.

[22] *Ibidem*, p. 242.

[23] *Ibidem*, pp. 229, 230, 296 y 297.

[24] Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda, volumen III. Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, pp. 259 y 260.

Los romanos consideraban que el deudor que sustraía intencionalmente sus bienes a las persecuciones de los acreedores —*fraus creditorum*—, concertando con un tercero un acto jurídico, cometía un delito reprimido por una acción penal. De ahí que inicialmente se exigiera mala fe en el deudor y en el tercero —*particeps fraudis*—, esto es en el demandado en la acción; sin embargo, más adelante dejó de exigirse la complicidad del tercero, cuando el acto impugnado era celebrado a título gratuito.

La sanción de la acción pauliana era una condena pecuniaria igual al importe del valor de la cosa sustraída a los acreedores. Sin embargo, como el valor de la cosa enajenada se fijaba por el juez según la estimación de los acreedores, al tercero le convenía, cuando estaba todavía a tiempo, restituir la cosa. De hecho, por consiguiente, la acción pauliana conducía indirectamente a la restitución de la cosa y, por lo tanto, a la revocación del acto fraudulento; de ahí su nombre de acción revocatoria.

Uno de los requisitos de la acción pauliana era la insolvencia del deudor. Por haber sido instituido el concurso de acreedores (o quiebra civil), desde muy pronto en Roma la acción pauliana no era ejercitada por el acreedor, víctima del fraude, sino por el *curator bonorum* (el curador de los bienes) o síndico de la masa de acreedores.

Sobre la historia del fraude pauliano en el Derecho Romano, también puede revisarse los comentarios de Stark, Roland y Boyer, citados por nosotros al analizar el tema de los efectos de las obligaciones.[25]

Por otro lado, agregan los Mazeaud que el antiguo Derecho Francés conservó la acción pauliana, pero que esta perdió su carácter co-

[25] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.* Primera Parte, tomo IV, pp. 67 y 68.

lectivo con la desaparición del concurso de acreedores, y que su utilidad era escasa por encontrar los acreedores en la hipoteca una garantía suficiente. Y es que casi todos los actos se otorgaban ante notario y los documentos notariales llevaban consigo, de pleno derecho, hipoteca general sobre los bienes del deudor.

Anotan los autores citados que el Código Civil Francés suprimió la hipoteca de los documentos notariales y que las partes recurrían con más frecuencia que antes al documento privado. Añaden que el hecho de que las fortunas sean hoy, en ciertos casos, exclusivamente mobiliarias, impide a los acreedores gravar con hipoteca, porque esa garantía no puede recaer sino sobre inmuebles.

A decir de los Mazeaud, los redactores del Código Napoléon, por desgracia, al remitirse a la tradición y sobre todo al Derecho Romano, dieron pruebas de una concisión excesiva y los preceptos que aplican la acción pauliana en materias especiales no aportan ninguna precisión suplementaria. Por eso, concluyen, la jurisprudencia ha debido construir, refiriéndose a la tradición, la teoría del fraude pauliano.

A modo de recuerdo, diremos que la acción pauliana, propia del fraude del acto jurídico, es uno de los medios conservatorios más importantes de los derechos del acreedor. Sus condiciones se reducen a dos: un perjuicio sufrido por los acreedores y que dicho perjuicio se deba a un fraude de su deudor.

Para que haya perjuicio es necesario un acto de empobrecimiento del deudor, un crédito anterior al acto y la insolvencia del deudor.

Autores como Marty[26] sostienen que el tema del fraude es una cuestión muy controvertida. Según una primera acepción, para que

[26] Marty, G. *Teoría General de las Obligaciones*. Trad. José M. Cajica. Puebla: Editorial CAJICA S.A., 1952, vol. II, pp. 82-84.

haya fraude del deudor es necesario que el mismo obre con la intención de perjudicar a sus acreedores. Para el citado autor, esta concepción es muy estrecha: difícil será demostrar que la voluntad de perjudicar ha sido el móvil único o aun simplemente determinante del deudor en situación apremiante. Pretenderá que únicamente ha querido procurarse el dinero que necesitaba.

Según una segunda opinión, para que haya fraude pauliano basta que el deudor haya tenido la conciencia del daño que con seguridad el acto producirá a los acreedores. Es suficiente que haya aceptado perjudicarlos, sin desearlo, para realizar tal o cual fin personal.

Apunta Marty que la jurisprudencia de su país se orienta hacia esta segunda concepción del fraude «conciencia» o «aceptación» del perjuicio.

Cabe agregar que en cuanto a los efectos de la acción pauliana, estos varían dependiendo de si se trata del deudor, del tercero adquirente de los bienes enajenados o de los demás acreedores.

Al realizar el deudor un acto fraudulento, que perjudica a su acreedor, ha cometido un hecho doloso que lo obliga a la reparación del perjuicio. Pero esto no tiene mucho interés para el acreedor. En efecto, el deudor, por hipótesis, es insolvente, y la acción de daños y perjuicios contra él es tan poco importante como la acción de pago del crédito.

Como el deudor es insolvente, lo interesante es afectar el bien que se halla en poder del tercero, o sea de quien lo adquirió con motivo del acto de empobrecimiento del deudor, acto que es fraudulento.

Finalmente, la acción pauliana intentada por uno de los acreedores solo a él beneficia. Ella no aprovecha a los demás acreedores del deudor.[27]

[27] *Ibidem*, p. 84.

Por lo demás, también remitimos al lector a los comentarios que sobre el particular hiciéramos al analizar el tema de los efectos de las obligaciones.[28]

6.13. La acción de anulabilidad por existencia de simulación relativa

En la primera parte de nuestro trabajo[29] nos ocupamos, en términos generales, del distingo entre la acción revocatoria o pauliana y la acción de simulación. En esta oportunidad haremos alusión a las dos clases de simulación: la relativa y la absoluta, esta última materia del siguiente punto.

Se sabe que el acto simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, por no existir o por no tener un carácter distinto al que aparenta.

A decir de Joaquín Martínez Alfaro,[30] la simulación de los actos jurídicos es una dualidad de convenciones; en la primera las partes declaran bilateralmente, con falsedad y publicidad, lo que en realidad no han convenido; en la segunda manifiestan privada y secretamente entre ellas lo que verdaderamente han convenido; en consecuencia, hay una disconformidad bilateral y consciente entre lo querido y lo declarado con el fin de engañar.

Por otro lado, anota el citado profesor[31] que la simulación es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter. Se celebra el acto ostensible, pero en el acto secreto se conviene que los efectos jurídicos verdaderos serán distintos de los que corresponden al ostensible.

---

[28] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.* Primera Parte, tomo IV, pp. 67-88.

[29] *Ibidem*, pp. 88-94.

[30] Martínez Alfaro, Joaquín. *Teoría de las Obligaciones*. México: Editorial Porrúa S.A., 1993, p. 230.

[31] *Idem*.

En ese sentido, el artículo 191 del Código Civil precisa que cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero. Se dispone, además, que lo establecido en la citada norma es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona (artículo 192).

Respecto a la sanción de la simulación relativa, Martínez Alfaro[32] afirma que el acto secreto será válido si no hay ley que lo declare nulo, pero será nulo si alguna ley así lo declara.

Sobre el particular, nuestra legislación civil dispone que en el caso de una simulación relativa, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero, aquel configura una causal de anulabilidad (artículo 221, inciso 3).

6.14. La acción de nulidad por existencia de simulación absoluta

Precisa el artículo 190 del Código Civil que por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.

Al respecto, expresa Martínez Alfaro[33] que es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real. En la simulación absoluta se celebra el acto ostensible, pero en el acto secreto convienen las partes que ningún efecto produce el ostensible, pues solo es aparente, por lo que en sentido figurado se dice que la simulación absoluta es un fantasma. De ahí que un acto con simulación absoluta no produce efectos jurídicos, es inexistente, por no tener consentimiento ni objeto que pueda ser materia de él, pues las partes convienen secretamente que no crearán, modificarán, ni extinguirán obligaciones.

---

[32] *Ibidem*, p. 231.

[33] *Ibidem*, pp. 231 y 232.

La ley civil peruana sanciona con nulidad al acto jurídico que adolezca de simulación absoluta (artículo 219, inciso 5).

6.15. El derecho de retención

El derecho de retención podemos clasificarlo como una de las medidas conservatorias que, conforme lo anotamos en su oportunidad,[34] tiene por finalidad producir el «congelamiento» de un elemento activo para reservar el beneficio del acreedor prosecutor.

6.15.1. Concepto

Según anota Max Arias-Schreiber,[35] la retención es la facultad otorgada por la ley a favor del poseedor de una cosa ajena para conservarla en su poder, hasta que se le pague lo que se le es debido por concepto de la cosa retenida. De esta misma definición, el citado autor extrae las siguientes características:

- Es un derecho establecido por la ley y puede también ser objeto de pacto.
- Beneficia al poseedor de un bien ajeno.
- Otorga a dicho poseedor la facultad de retener en su poder el bien mientras no se le pague íntegramente aquello que le es debido por concepto de la cosa misma.

Destaca Arias-Schreiber que el fundamento de la retención descansa en un criterio de equidad, al señalar que:

[34] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.* Primera Parte, tomo IV, p. 98.

[35] Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós (con la colaboración de Arias-Schreiber Montero, Ángela y Martínez Coco, Elvira). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995, tomo VI, p. 253.

Sería injusto que una persona, ligada a otra por una obligación, hiciera efectivo su derecho a recuperar el objeto de su propiedad en poder de su acreedor, antes de satisfacer, por su parte, la antedicha obligación. Exigiendo que las obligaciones recíprocas se liquiden al mismo tiempo, el legislador hace funcionar prácticamente el derecho de retención como una forma de garantía.[36]

La retención es un derecho real, persigue al objeto en forma que puede ser invocada *erga omnes*. Claro está que con ella no existe persecución ni la preferencia otorgada a otros derechos reales de garantía; pero tiene la calidad de ser oponible ante cualquiera gracias a la mediatez existente entre el bien y la persona.

Así lo ha consagrado el Código Civil cuando en su artículo 1123 prescribe que por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado, agregando que este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.

6.15.2. Casos admitidos por la ley

Dado que el derecho de retención es un mecanismo de defensa de naturaleza sustantiva, su tratamiento es distinto en comparación a las excepciones procesales proponibles, las que se encuentran reguladas taxativamente en una sola norma (artículo 446 del Código Procesal Civil). No ocurre lo mismo con los casos reconocidos por el Código Civil y otras leyes para el ejercicio de la retención.

[36] *Ibidem*, p. 254.

Así, por ejemplo, podemos citar los siguientes:

- El supuesto previsto en el artículo 918 del Código Civil, según el cual en los casos en que el poseedor debe ser reembolsado de mejoras, tiene el derecho de retención.

- El numeral 1230 del Código cuando dispone que el deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente.

- En el caso del hospedaje, precisa el Código Civil que los equipajes y demás bienes entregados o introducidos por el huésped responden preferencialmente por el pago de la retribución del hospedaje y por los daños y perjuicios que aquel hubiese causado al establecimiento, pudiendo el hospedante retenerlos hasta su cancelación (artículo 1717).

- El comodatario tiene derecho a retener el bien, solo cuando no le hayan sido pagados los gastos extraordinarios en que hubiese incurrido para la conservación del mismo (artículo 1748).

- En el contrato de mandato también existe una norma en similar sentido. Ella prescribe que el mandatario puede retener los bienes que obtenga para el mandante en cumplimiento del mandato, mientras aquel no cumpla con reembolsarle los gastos efectuados para el desempeño del mandato, con los intereses legales desde el día en que incurrió en dichos gastos, e indemnizarle los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mandato (artículo 1799).

- En el depósito, el depositario solo puede retener el bien hasta que se le pague lo que se le debe por razón del contrato (artículo 1852).

- En el contrato de secuestro, el depositario también puede retener el bien en tanto no le haya sido satisfecho su crédito (artículo 1863).

- La Ley de Títulos Valores introduce la posibilidad de que el cumplimiento de las obligaciones que representan los títulos valores pueda estar garantizado total o parcialmente por cualquier garantía personal o real u otras formas de aseguramiento que permita la ley, inclusive por fideicomisos de garantía (artículo 56 de la Ley N.° 27287). En tal sentido, los títulos valores pueden ser pasibles del derecho de retención, en cuyo caso, además de las formalidades y requisitos que señalen las respectivas normas para la constitución de garantías reales que los respalden, cuando estas aseguren el cumplimiento de las obligaciones frente a cualquier tenedor, debe indicarse en el mismo título o en el respectivo registro su existencia y, en su caso, las referencias de su inscripción registral. En ese supuesto, las transferencias del título no requieren del asentimiento del obligado ni, de ser el caso, del constituyente de la garantía, para que ésta tenga plena eficacia frente a cualquier tenedor del título valor.

Ahora bien, la ley civil regula el modo cómo se ejercita este derecho real de garantía mediante dos vías, la extrajudicial y la judicial, las que —a decir de Lucrecia Maisch—[37] no se excluyen sino más bien se complementan.

En la extrajudicial, el derecho de retención se ejercita rehusando la entrega del bien hasta que no se cumpla la obligación por la cual se invoca (artículo 1127, inciso 1).

La judicial supone la interposición de una demanda por parte del propietario y se ejercita como excepción que se opone a la acción

[37] Maisch Von Humboldt, Lucrecia. «Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil». En Revoredo Marsano, Delia. *Código Civil.* Lima: Okura Editores, 1985, tomo V, p. 282.

destinada a conseguir la entrega del bien. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente (artículo 1127, inciso 2).

6.15.3. Casos no admitidos por la ley

El caso de improcedencia del derecho de retención se encuentra contemplado en el numeral 1124 del Código Civil, el mismo que dispone que la retención no puede ejercerse cuando el bien, al momento de recibirse, está destinado a ser depositado o entregado a otra persona.

A decir de Arias-Schreiber,[38] los legisladores han querido proteger con ello las relaciones existentes entre el propietario del objeto y los terceros, evitando con la negativa a la retención, una solución de continuidad de perjudiciales efectos. Cita, a modo de ejemplo, los siguientes casos:

- Cuando el propietario entregue el bien a quien aspira a la retención, para que como mandatario de una tercera persona, se lo entregue —a su vez— al mandante;
- Cuando el mismo sujeto hace la entrega antedicha por equivocación de la persona, estando el bien destinado a un tercero; y
- Cuando se realiza la entrega al Gerente de una determinada persona jurídica, para ser depositado el bien en su caja de seguridad.

Finaliza Arias-Schreiber diciendo que en cada uno de los ejemplos citados, el aspirante actúa en un plano intermedio, entre el propietario del bien y un tercero, no pudiendo, en consecuencia, hacer efectiva la retención. El momento de la recepción es determinante: en ese instante el bien puede encontrarse destinado a ser depositado o entregado a otra persona, y si no fuera así, la retención sería plenamente válida.

[38] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VI, p. 266.

Lucrecia Maisch Von Humboldt[39] señala que no es cierta la disposición del artículo 1124 del Código Civil, en el extremo que dice que los bienes que al momento de recibirse estén destinados a ser «depositados o entregados a otra persona» no pueden ser materia de retención, por cuanto el artículo 1852 del mismo cuerpo legal autoriza al depositario a «retener el bien hasta que se le pague lo que se le debe por razón del contrato», implicancia que —a decir de Maisch— demuestra una vez más que nada se compadece menos con la improvisación que la misión de legislar.

El artículo 385 de la Ponencia referente a esta parte del Código señalaba determinados bienes que no podían ser materia del derecho de retención, tales como los del Estado —sea que pertenecieran a su ámbito de derecho público o privado—; los declarados fuera del comercio; los bienes muebles incorporales, dado que no hay concreción material que retener; los que no son de libre disposición por mandato expreso del Código o de leyes específicas; y los recibidos para ser entregados a otras personas. La Ponencia no impedía que los bienes depositados fuesen materia del derecho de retención.

De otro lado, el tercer párrafo del artículo 110 de la Ley General de Sociedades señala que la medida cautelar sobre acciones no apareja la retención de los dividendos correspondientes, salvo orden judicial en contrario.

6.15.4. Alcances del derecho de retención

El alcance del derecho de retención puede entenderse desde tres puntos de vista: referido a su cuantía, temporalidad y permisión o procedencia legislativa.

[39] Maisch Von Humboldt, Lucrecia. *Op. cit.*, tomo V, p. 282.

Sobre el primer punto, el numeral 1126 del Código Civil prescribe que la retención se ejercita en cuanto sea suficiente para satisfacer la deuda que la motiva. Ello está conjugado con la cuantía de la deuda.

La especialidad del crédito es la determinación exacta del valor de la obligación principal y si la obligación es indeterminada, la retención se extenderá hasta cubrir una estimación valorativa de la misma, hecha por la autoridad judicial, a falta de acuerdo entre las partes.[40]

En suma, el límite de la retención está dado por el valor de la deuda.

En cuanto a la temporalidad, la segunda parte del referido artículo 1126 indica que la retención cesa luego que el deudor la paga o la garantiza.

Sobre el particular, Arias-Schreiber[41] refiere que el derecho de retención está fundado en la existencia de una obligación a cargo del propietario del objeto, obligación que requiere de su vigencia como garantía de su ulterior cumplimiento. Desaparecerá automáticamente este derecho no solo cuando se satisfaga íntegramente la obligación —consecuencia del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal—, sino también en el caso de asegurarse suficientemente el cumplimiento de la deuda, por la constitución de una garantía real o personal. En estas circunstancias desaparecería el motivo de la retención, tomando su lugar la garantía.

Si el retenedor se opusiere a la restitución de la cosa, una vez asegurada la obligación principal, alegando que la garantía es insuficiente, el propietario del objeto deberá interponer una acción judicial, probando dentro de la misma la suficiencia del aseguramiento. Si así lo hiciere, el juez resolverá sobre la pertinencia del mismo, ordenando

[40] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VI, pp. 267 y 268.
[41] *Ibidem*, p. 268.

al retenedor la devolución de la cosa; y si no probare la señalada suficiencia, la retención seguirá surtiendo sus efectos cautelatorios.

El tercer punto surge de la pregunta que se formula en doctrina en el sentido de si el derecho de retención solo procede en los casos que establece la ley, o también en otros casos no previstos pero que son semejantes.

Al respecto, Martínez Alfaro[42] informa que existen dos tesis: 1) La tesis limitativa, según la cual el derecho de retención solo procede en los casos que establece la ley —como serían los que se enumeraron anteriormente—; y 2) La tesis de aplicación extensiva, para la cual es procedente el derecho de retención, aun en los casos no previstos por la ley, siempre que el detentador de la cosa sea acreedor del deudor con motivo de la cosa retenida, pues solo se trata de asegurar el cumplimiento de la obligación que tiene por objeto la cosa que se retiene.

Martínez Alfaro sostiene que este problema se resuelve mediante la aplicación de dos principios: 1) el que reza «lo que no está prohibido está permitido»; y 2) el principio de la aplicación analógica que dice «donde hay la misma razón hay la misma disposición». A ello habría que agregar que la retención conlleva un requisito de procedencia, que consiste en que la cosa retenida sea el objeto o motivo de la deuda entre el retenedor y el dueño de la misma.

6.15.5. Diferencias y semejanzas entre el derecho de retención y la excepción de contrato no cumplido

Según anota Manuel de la Puente,[43] las principales diferencias entre el derecho de retención y la *exceptio inadimpleti contractus* son:

[42] Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, pp. 233 y 234.
[43] De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima:

- El derecho de retención es un derecho real, se refiere a obligaciones de dar, es un recurso para asegurar al acreedor el cumplimiento de estas obligaciones; mientras que la excepción de contrato no cumplido (excepción de incumplimiento) opera exclusivamente en el campo contractual, respecto de cualquier obligación de dar, hacer o no hacer, y es un medio que tiene el deudor de evitar verse compelido a cumplir, si el acreedor, a su vez, no cumple o no garantiza su cumplimiento.
- El derecho de retención solo puede ejercitarse sobre un bien; en cambio la excepción de contrato no cumplido radica en la prestación, que es una actividad.
- Como derecho real, la retención requiere la posesión del bien, lo que resulta inaplicable en la excepción de contrato no cumplido.
- En la retención se exige la conexión entre el bien y el crédito; mientras que la excepción de contrato no cumplido requiere una reciprocidad entre las prestaciones, proveniente de un contrato con prestaciones recíprocas, con independencia de si recaen o no sobre un bien.
- El derecho de retención se ejercita necesariamente sobre bienes ajenos; en cambio, la excepción de contrato no cumplido puede recaer, cuando se trata de prestaciones de dar, sobre bienes propios del deudor.

En cuanto a las semejanzas, debemos advertir que tanto el derecho de retención como la excepción de contrato no cumplido son verdaderos y propios mecanismos de defensa sustanciales, o sea que tienen su fundamento en el derecho sustantivo, y no en el procesal.

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. Segunda Parte, tomo IV, p. 263.

«En ambas, existe el elemento común de que alguien suspende la ejecución de la prestación a su cargo hasta que se paga o garantiza su crédito».[44]

6.15.6. Naturaleza jurídica

Existen hasta tres concepciones distintas: la personal, la real y la mixta.

Para quienes afirman la primera tesis, la retención solo puede ser opuesta al deudor y a sus sucesores universales, de ahí que se sostenga que es un derecho personal.

Sobre este punto, Bejarano[45] expresa que el derecho de retención no es personal, pues distinguiendo la figura del crédito, señala que este sí es personal; la retención no, porque el titular nada puede exigir al dueño de la cosa y no tiene frente a sí a ningún obligado a dejarla en su poder. «Para el sistema realista, la retención es oponible ante cualquiera, pues persigue al objeto en forma que puede ser invocada *erga omnes*. Se trata, por consiguiente, de un derecho real».[46]

Según Joaquín Martínez Alfaro,[47] el derecho de retención no es un derecho real, porque le faltan los atributos de este derecho, entre ellos, carece de la facultad de persecución; además, el derecho real solo puede recaer sobre bienes específicamente determinados y hay casos en los que el derecho de retención se refiere a bienes determinados en género, como sucede con la facultad del comprador de retener el precio, que es dinero y por tanto un bien fungible, genérico; lo mismo ocurre con el derecho del arrendador de retener el saldo que hubiere a favor del arrendatario.

---

[44] *Ibidem*, p. 260.
[45] Citado por Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 235.
[46] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Op. cit.*, tomo VI, p. 255.
[47] Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, pp. 234 y 235.

Por otro lado, a decir de la interpretación mixta, la retención es un derecho personal, pero puede ser opuesta a los terceros.

Nuestra ley civil, por su parte, consagra a la retención como un derecho real. Ello se desprende de la definición contenida en el artículo 1123 del Código Civil, más aun cuando la ubicación de dicha norma se halla en el Libro referido a los Derechos Reales. Claro está, como se afirmó en líneas precedentes, que no existe en la retención ni el derecho de persecución ni la preferencia otorgada a otros derechos reales de garantía, pero ello no obsta para que tenga la calidad de tal, producto de la mediatez existente entre el bien y la persona, así como de su oposición frente a terceros.

6.15.7. Oponibilidad del derecho de retención frente a terceros

Si bien el derecho de retención incide sobre toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles y «derechos aplicables sobre los documentos que los representan»,[48] extendiéndose a sus accesorios (frutos y productos), la norma sustantiva solo prevé el supuesto de la oponibilidad del derecho frente a terceros cuando aquél recae sobre bienes inmuebles (artículo 1128).

En ese sentido, el precepto establece que solo se puede ejercitar el derecho de retención frente al adquirente a título oneroso que tiene registrado su derecho de propiedad, si el derecho de retención estuvo inscrito con anterioridad a la adquisición. Ello se fundamenta en la esencia de la función registral, es decir en la certeza y en la publicidad. A mérito de esa fe registral, es que será protegido el adquirente a título oneroso.

La norma dispone, además, un régimen paralelo para los inmuebles no inscritos, estableciendo que el derecho de retención sobre inmuebles

[48] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Op. cit.*, tomo VI, p. 257.

puede ser registrado mediante anotación preventiva extendida por mandato judicial.

6.16. La resolución por incumplimiento

La resolución por incumplimiento está íntimamente relacionada al tema de la reciprocidad contractual, la misma que —como se sabe— se encuentra articulada en dos ejes: la existencia de obligaciones recíprocas y la exigibilidad de prestaciones recíprocas. Sin embargo, ambos efectos son derivados de un mismo contrato, que el codificador peruano ha optado por llamar contrato con prestaciones recíprocas.[49]

La reciprocidad se fundamenta en una correlación de prestaciones o en la conexión de las ventajas y sacrificios que obtienen o están llamadas a lograr las partes contratantes. Recuérdese, además, que la reciprocidad no se centra en una equivalencia, habida cuenta que puede existir disparidad entre las prestaciones. La característica tipificante de los contratos con prestaciones recíprocas o correlativas está en el intercambio de ventajas y en la interrelación entre ellas.

Dentro de este orden de ideas, ¿podría identificarse el contrato con prestaciones recíprocas con uno oneroso?

La reciprocidad de prestaciones juega simultáneamente dos roles: «uno el de crear obligaciones unidas recíprocamente, lo que se alcanza mediante la celebración del contrato; otro el de establecer una reciprocidad en la ejecución de las prestaciones, cuya fuente se encuentra en la relación jurídica obligacional que es objeto y consecuencia del contrato».[50]

Es en este segundo rol que se confunden los efectos del contrato con prestaciones recíprocas y los del contrato oneroso, en el sentido

[49] De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.* Segunda Parte, tomo IV, p. 193.

[50] *Ibidem*, p. 201.

que ambos dan lugar a una reciprocidad de las prestaciones a cargo de las partes y de las correspondientes atribuciones patrimoniales que originan la ejecución de las prestaciones. «No es posible identificar integralmente el contrato con prestaciones recíprocas y el contrato oneroso, pero existe un área común en ambos contratos, que es la relacionada con la ejecución de las prestaciones, área en la cual los efectos de ambos contratos son iguales».[51]

En suma, la resolución por incumplimiento es uno de los cuatro efectos o derivaciones fundamentales de los contratos con prestaciones recíprocas, junto a la excepción de incumplimiento, la excepción de caducidad de término o plazo y la teoría del riesgo.

A decir de Caumont, Larrañaga y Molla,[52] la resolución de un contrato por incumplimiento es una situación jurídica emergente de la configuración de un acto ilícito por el cual quien es parte de aquel no adopta el comportamiento que comprometió con su otorgamiento, inejecutando así la prestación asumida como objeto del negocio. El incumplimiento resulta ser referido a una obligación contractual, hecho que coloca a la resolución como una causa endógena de cesación de los efectos del vínculo obligacional.

No vamos a ingresar en esta parte de nuestro trabajo al estudio detallado de la resolución contractual; simplemente recordaremos sus principales características:

- La resolución deja sin efecto un contrato por causal sobreviniente a la celebración del mismo.

[51] *Ibidem*, p. 202.

[52] Caumont, Arturo, Luis Larrañaga y Roque Molla. «Las Restituciones en la Resolución Contractual». En *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini.* Bueres, Alberto Jesús y Aída Kemelmajer De Carlucci (Dir.). Abeledo-Perrot, 1997, pp. 521 y 522.

- Presupone un contrato válido o perfecto.
- La causa puede tener origen legal (por ejemplo, el caso de la resolución por incumplimiento o resolución por autoridad del acreedor) o convencional (por ejemplo, el caso del mutuo disenso).
- Se invoca judicial o extrajudicialmente.
- Deja sin efecto la relación jurídica patrimonial, la convierte en ineficaz, de tal modo que deja de ligar a las partes, pues ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones.
- La resolución no opera retroactivamente, salvo disposición o pacto en contrario.
- Con la declaración de resolución no se perjudican los derechos de terceros adquiridos de buena fe.
- La resolución no puede ser evitada, salvo que haya acuerdo entre las partes. Una vez interpuesta y notificada la demanda destinada a resolver el contrato, el demandado no está en aptitud de cumplir la prestación que dio lugar a la interposición de la demanda, sin contar con el asentimiento del actor.

6.16.1. Clases: judicial y extrajudicial

El artículo 1428 del Código Civil establece que cuando alguna de las partes de un contrato con prestaciones recíprocas falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El ejercicio de estas facultades está condicionado a que haya habido incumplimiento voluntario del obligado, pues las hipótesis de in-

cumplimiento por imposibilidad de satisfacer la prestación están previstas en los artículos 1431 a 1434 del referido cuerpo sustantivo. Podría decirse que «El derecho de resolver el contrato por incumplimiento, constituye un elemento natural del contrato, y como tal, las partes pueden suprimirlo o reducir el ámbito de su aplicación en ejercicio de la autonomía de la voluntad».[53]

El procedimiento judicial para llegar a la resolución por incumplimiento está previsto por el segundo párrafo del citado numeral 1428.

El actor debe amparar su demanda en la ruptura del paralelismo o correspondencia entre las prestaciones que caracteriza al contrato con prestaciones recíprocas y precisa acreditar: a) la existencia del contrato con prestaciones recíprocas; b) la ejecución de la prestación a su cargo, o el ofrecimiento de la garantía de esa ejecución; y c) la inejecución de la prestación correspondiente a la contraparte.

Si se demandara acumulativamente el pago de la indemnización de daños y perjuicios, también corresponderá al actor acreditar su existencia. En tal caso, para establecer el monto de la indemnización sí funcionará la presunción establecida en el artículo 1329 del Código Civil, según el cual se presume *(iuris tantum)* que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.[54]

Una vez promovida la acción de resolución, el deudor queda impedido de cumplir con la prestación —a partir de la fecha de la citación con la demanda—. Ello resulta lógico, ya que en virtud de la norma sustantiva, se deja a opción del acreedor entre solicitar el cumplimiento o demandar la resolución del contrato, por lo que sería injusto permitir que el deudor, luego de ser citado con la demanda, deje sin efecto esta decisión a través de su ejecución.

Dentro de tal orden de ideas, compartimos el criterio de que:

> En la hipótesis que coincida la fecha de cumplimiento de la prestación con la de la citación con la demanda, será una cuestión de hecho que deberá decidir el juez de acuerdo a las circunstancias [...]. En los contratos de ejecución continuada (arrendamiento, por ejemplo) la circunstancia de que el deudor sea citado con la demanda de resolución de contrato por falta de pago de la renta, le impide cumplir con su prestación sólo para el efecto de enervar la resolución materia del proceso. Sin embargo, ello no significa que el arrendatario se exima de pagar la renta adeudada, ya que de lo contrario se produciría un enriquecimiento indebido.[55]

Por otro lado, una cuestión debatida en la doctrina es si la demanda de resolución por incumplimiento juega un rol de interpelación al deudor o, por el contrario, se requiere la previa constitución en mora.

Al respecto, De la Puente[56] destaca que la constitución en mora es una intimación para que el deudor cumpla, lo cual es incompatible con la demanda de resolución, que precisamente tiene como efecto impedir que la parte demandada cumpla su prestación. Para poder solicitar la resolución del contrato por incumplimiento es necesario que previamente la parte que incurre en retraso en el cumplimiento

---

53 Comisión Revisora del Código Civil Peruano. Bigio Chrem, Jack. «Exposición de Motivos del Código Civil. Rescisión y Resolución de Contratos. Resolución por incumplimiento voluntario». *Revista Jurídica del Perú.* Año XL, número III-IV. Lima, julio-diciembre de 1989, p. 296.

54 De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.* Segunda Parte, tomo IV, pp. 335 y 336.

55 Comisión Revisora del Código Civil Peruano. Bigio Chrem, Jack. «Exposición de Motivos del Código Civil. Rescisión y Resolución de Contratos. Resolución por incumplimiento voluntario». *Op. cit.* Segunda Parte, p. 303.

56 De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.* Segunda Parte, tomo IV, pp. 336-342.

de su prestación sea constituida en mora. Para ello, debe existir un lapso prudente entre la interpelación al deudor y la demanda de resolución, para permitir al deudor cumplir en ese lapso, pues sería abusivo no dejar al deudor el tiempo materialmente necesario para el cumplimiento.

Pero, a nuestro modo de ver, ello sería así solo en tanto y en cuanto fuera posible la constitución en mora, vale decir si la prestación todavía resulta posible y de utilidad para el acreedor.

Ahora bien, la resolución extrajudicial o resolución por intimación —así denominada por la doctrina italiana—, es un medio para que la parte infiel obtenga un tiempo suficiente para cumplir, no obstante que ya faltó al cumplimiento de su prestación.[57]

Como contrapartida a este plazo otorgado, la parte fiel adquiere el derecho de que el contrato quede resuelto, por ministerio de la ley y sin tener que recurrir al juez.

Dicha intimación tiene el carácter de un acto jurídico unilateral, recepticio e irrevocable: una vez que fue emitida por la parte fiel, esta no puede retractarse.

La forma de la intimación se encuentra contemplada por el artículo 1429 del Código Civil, según el cual dicho requerimiento debe hacerse mediante carta cursada por vía notarial. La ausencia de carta notarial determina la ineficacia del requerimiento, pues no hay modo de probar su existencia cuando ella es negada.[58]

[57] *Ibidem*, p. 367.

[58] Desde luego, si el destinatario del requerimiento admite que este se ha hecho utilizando cualquier otra forma, dicho requerimiento es válido y produce plenos efectos. (De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.* Segunda Parte, tomo IV, p. 371).

La doctrina nacional es unánime al establecer que la intimación debe contener el requerimiento a la parte infiel, la fijación de un plazo para que dentro de él satisfaga la prestación y el apercibimiento de que, si no se satisface la prestación, el contrato queda resuelto.

El mismo precepto, esto es el artículo 1429 del Código Civil, dispone que el plazo del requerimiento no podrá ser inferior a quince días. Dicho requerimiento está destinado a que se satisfaga la prestación, y tiene por finalidad, en consecuencia, el cumplimiento de la relación jurídica obligacional creada por el contrato. Solo si, pese a haber tenido esa posibilidad, la parte incumpliente se niega a hacerlo, se justifica que el contrato quede resuelto de pleno derecho.

6.16.2. Cláusula resolutoria expresa

La cláusula resolutoria expresa consiste en que las partes establezcan en el contrato, con toda precisión, la prestación cuyo incumplimiento puede dar lugar al ejercicio de la resolución de pleno derecho. Es decir, se trata de una estipulación a través de la cual se determina la causal de rompimiento de la relación jurídica contractual, vía resolución. El perjudicado con el incumplimiento de la prestación prevista, puede ejecutar la cláusula resolutoria, comunicándola al deudor; en ese sentido, el contrato quedará resuelto de pleno derecho, esto es, sin intervención judicial.

Messineo,[59] al referirse al artículo 1456 del Código Civil Italiano de 1942, anota que un modo de resolución está constituido por la cláusula (no condición) resolutoria expresamente convenida en el acto de la estipulación del contrato (pacto comisorio expreso), la cual opera en el caso de que determinada obligación sea cumplida de

[59] Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo II, pp. 349 y 350.

modo disconforme con las modalidades establecidas entre las partes. Es como si las partes declarasen esenciales dichas modalidades e hiciesen depender de ellas la suerte del contrato. Pero la cláusula resolutoria expresa debe contener la indicación concreta de las modalidades singulares cuya inobservancia es considerada como esencial por las partes; porque si la cláusula se refiriese de modo genérico a todos los eventuales incumplimientos, se convertiría en una cláusula de estilo y tendría la misma eficacia que la cláusula resolutoria tácita, esto es del remedio contemplado en el artículo 1453 y, por consiguiente, sería superflua e inútil su inclusión en el contrato.

Dentro de este orden de ideas, el primer párrafo del artículo 1430 del Código Civil Peruano determina que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

Asimismo, debe anotarse que esta estipulación, que la doctrina califica como un pacto comisorio expreso, no constituye una condición resolutoria, pues su naturaleza es distinta.

Sobre el particular, Luis Diez-Picazo[60] indica que las condiciones son eventos futuros e inciertos, que se establecen de manera expresa en los contratos con el fin de hacer depender de ellos la eficacia del negocio. En el caso que nos ocupa, el evento futuro, que es el incumplimiento, no puede ser considerado como un evento condicional. El cumplimiento es un acto debido y las consecuencias del incumplimiento, que son siempre sanciones, no entran en juego por efecto de una condición negocial sino como consecuencia de la aplicación del ordenamiento jurídico.

[60] Diez-Picazo y Ponce De León, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Madrid: Editorial Tecnos, 1993, p. 858.

Para que el pacto comisorio produzca efectos se requiere que el posible incumplimiento esté previsto en el pacto y que la parte fiel curse comunicación en el sentido de querer valerse de la resolución.

Como señala Manuel de la Puente,[61] la cláusula resolutoria es un elemento accidental del contrato, lo que determina que sea necesario pactarla para que exista, a diferencia de la resolución por incumplimiento, que es un elemento natural de todos los contratos con prestaciones recíprocas, de tal manera que procede su ejercicio aunque no haya sido estipulada, salvo que se haya renunciado a ella. Agrega que es una medida excepcional, que solo debe ser aplicable para el caso de aquellas prestaciones que las partes consideran de importancia determinante para la celebración de cierto contrato, de tal manera que su incumplimiento (inejecución) lesiona gravemente los intereses que motivaron su celebración.

Las características y efectos derivados de la declaración de resolución, vía la cláusula prevista, son los siguientes:

- Se trata de una declaración unilateral recepticia. No solo debe dirigirse a la parte incumpliente, sino que debe estar destinada a ser conocida por esta. Para ello, precisa tenerse en cuenta, además, la disposición contenida en el artículo 1374 del Código Civil, según la cual dicha comunicación de resolución se considerará conocida por el destinatario en el momento en que llega a su dirección, a no ser que pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

- La comunicación a la parte infiel debe hacerse de manera fehaciente, utilizando cualquiera de las formas previstas por el artículo

[61] De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.* Segunda Parte, tomo IV, pp. 394-399.

141 del Código Civil, permitiendo que se infiera indubitablemente la voluntad de la parte infiel.

- Según opinión de la doctrina nacional,[62] no es indispensable que en la declaración se indique que la resolución se va a producir de pleno derecho, desde que esta consecuencia emana directamente de la ley, que otorga tal característica a la resolución, aunque el declarante no lo indique. Sin embargo, es aconsejable que en la comunicación se precise que la resolución se va a producir de pleno derecho, para que no se abrigue duda que la parte fiel está ejercitando la atribución que le concede el segundo párrafo del artículo 1430.

- La comunicación es indispensable y suficiente para que se produzca la resolución de pleno derecho, no pudiendo ser reemplazada por una declaración de otro tipo, como sería la interpelación al deudor para constituirlo en mora o el requerimiento a que se refiere el artículo 1429 del Código Civil.

- La resolución opera de pleno derecho, esto es, de modo automático e irrevocable. Una vez que la comunicación es conocida por la parte incumpliente, no podrá ser retirada por la parte fiel para exigir el cumplimiento de la prestación determinada en el pacto comisorio.

6.16.3. Efectos de la resolución entre las partes

Con relación a los efectos que acarrea la resolución entre las partes, Jorge H. Alterini[63] sostiene que se debe eslabonar las diversas normas aplicables del modo siguiente: 1) Cabe atender a la convención de las

[62] *Ibidem*, p. 406.

[63] Alterini, Jorge H. «Efectos de la Resolución de los Contratos por Incumplimiento». En: *Temas de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1980, pp. 123, 130 y 131.

partes, o sea, a lo que ellas acuerden sobre los efectos de la resolución; 2) Las normas que se induzcan de la tipología del contrato resuelto, que bien pueden prever la secuencia posterior nacida de la resolución; 3) En lo no previsto en la convención, ni en esa tipología del contrato resuelto, debemos apoyarnos en las normas en materia de obligaciones de restituir cosas a su dueño, de dominio revocable y de la indemnización de daños y perjuicios.

Agrega Alterini que la regla debe ser la retroactividad y que ésta debe ceñirse a los supuestos en los cuales se hubiesen cumplido en forma parcial, recíproca y equivalente, prestaciones divisibles; tanto las que ya se contrajeron con la nota de la divisibilidad, como las que resultaran tales con la dinámica del contrato, porque ellas deben quedar firmes.

Sobre el particular, Eduardo Zannoni[64] puntualiza que la regulación integral del contrato no agota su normatividad en la autonomía de la voluntad; pero tampoco puede afirmarse lo contrario, que agota su normativa en los efectos legales previstos en los contratos dirigidos. Es decir, hay una armonización entre las normas creadas por las partes y las normas estatutarias de aplicación supletoria. De modo que cuando se plantea la naturaleza convencional de la obligación restitutoria emergente del contrato resuelto, no se hace para suponer que los contratantes al crear el vínculo previeron también contractualmente los efectos no queridos del contrato. Y aun cuando se trate de efectos no queridos, opera como norma estatutaria de aplicación supletoria. Es decir, las partes entienden que en la medida en que una de ellas no cumpla lo comprometido, la parte cumplidora tendrá dos caminos, y esto emerge del momento mismo de la celebración del contrato, cuando ambas partes se someten a este régimen, cuya fuente es el contrato. La parte cumplidora

[64] Zannoni, Eduardo A. «Efectos de la Resolución de los Contratos por Incumplimiento». En *Temas de Derecho Civil. Op. cit.*, pp. 129 y 130.

tiene ante sí la opción entre exigir el cumplimiento o dar por resuelto el contrato. Imaginemos —añade Zannoni— que se haya previsto el pacto comisorio en forma expresa; si se opta por exigir el cumplimiento, nadie dudaría de que esa exigencia está legitimada en y por el contrato; si se opta por la resolución, ¿por qué puede estar legitimada esta resolución sino por el contrato o los emergentes anormales —efectos no queridos por las partes—, pero que reconocen su origen en aquel contrato?

Caumont, Larrañaga y Molla[65] anotan que extinguidos los efectos del contrato, se deberá restablecer la situación jurídica económica anterior al negocio, restauración que se obtiene a través de las restituciones por las que se realizará la rectificación devolutoria de las atribuciones patrimoniales que se hubiesen verificado como consecuencia de la ejecución de prestaciones comprometidas en el pacto generador de obligaciones.

Hernando Jaramillo,[66] a su turno, sostiene que entre las partes la resolución obra retroactivamente; esto es, extingue el contrato quitándole fuerza para el futuro, deshaciendo en el pasado los efectos que haya producido. La resolución da a los contratantes derechos para ser restituidos al mismo estado en que se hallaban antes de haber existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio, desde luego, de lo establecido sobre la nulidad por objeto o causa ilícita. Añade que la resolución contractual deja a las partes libres y exoneradas de cumplir las obligaciones que no se ejecutaron o cumplieron. Las que fueron ejecutadas o cumplidas dan derecho de repetición al contratante que las cumplió o ejecutó, si de contrato de ejecución instantánea se trata.

[65] Caumont, Arturo, Luis Larrañaga y Roque Molla. *Op. cit.*, pp. 524-527.

[66] Jaramillo V., Hernando. *La Acción Pauliana. Resolución Contractual por Incumplimiento.* Monografías jurídicas N.° 48. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1986, pp. 80 y 81.

Pero —finaliza Jaramillo— en los contratos de tracto sucesivo no obra la resolución retroactivamente respecto de las obligaciones ejecutadas, ya que no es posible prescindir de su ejecución.

El artículo 1372 de nuestro Código Civil determina que los efectos de la resolución —sea que se invoque judicial o extrajudicialmente— se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva, salvo disposición o pacto en contrario. Con motivo de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraban al momento indicado, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicha oportunidad.

De esta disposición se desprende que el principal efecto de la resolución entre las partes, al declararse la ineficacia de la relación jurídica obligacional, es liberar a ambas de la ejecución de sus recíprocas prestaciones.

Así, por ejemplo, si se trata de un contrato de ejecución inmediata, en donde pese a la necesidad de tal ejecución, una de las partes no cumpliera con hacerlo en ese momento, la resolución determina que las cosas deban tornar, en su aspecto económico, al estado anterior al que se produjo el incumplimiento, o sea al estado existente al tiempo de celebrarse el contrato.

Si el contrato es uno de ejecución diferida, precisa analizarse si la postergación que lo caracteriza es solo respecto de la prestación a cargo de una de las partes, quien debido a dicha postergación unilateral no ejecutó la prestación a su cargo. En este caso, queda liberado de hacerlo, pero deberá restituir a la otra parte la contraprestación que hubiera recibido, y si ello no fuera posible, reembolsar el valor que tendría al momento de producirse la causal.

Si la postergación se verifica simultáneamente respecto de ambas prestaciones, las partes deberán restituírselas, y si esto no fuera posible, deberán restituirse sus respectivos valores al tiempo de producirse

la causal sobreviniente. Igual solución se adoptaría en un contrato de ejecución instantánea.

6.16.4. Efectos de la resolución respecto de terceros

En consideración a un principio de elemental prudencia y justicia, la ley civil precisa que ni la rescisión ni la resolución perjudican los derechos de terceros adquiridos de buena fe (última parte del artículo 1372).

Arturo Valencia Zea[67] dice que la resolución del contrato no afecta a terceros de buena fe, es decir, a quienes les fue imposible conocer la existencia de un derecho de resolución a favor de uno de los contratantes.

Caumont, Larrañaga y Molla,[68] por su parte, afirman que el artículo 1430 del Código Civil Uruguayo ampara a los terceros poseedores de buena fe; en cambio, con relación a otros terceros, como es el caso de un acreedor embargante, el advenimiento de la cesación de la eficacia contractual priva de contenido a los embargos trabados. Señalan que con respecto a los derechos de terceros, salvo disposición legal expresa en contrario, rigen los imperativos técnicos emanados del principio por el cual nadie puede transmitir más derechos que los que tiene y del principio por el cual, resuelto el derecho del constituyente, se resuelven los derechos por él constituidos. Algunos ordenamientos —finalizan los citados profesores—, por estrictas razones de política legislativa, priorizando la circulación de bienes y la seguridad de las relaciones jurídicas, han procedido a atemperar la fuerza de dichos principios, otorgando otras garantías a los contratantes.

[67] Citado por *ibidem*, p. 79.

[68] Caumont, Arturo, Luis Larrañaga y Roque Molla. *Op. cit.*, p. 529.

6.17. La posibilidad de reparación amigable por parte del deudor incumpliente

La reparación resulta amigable si el deudor admite su responsabilidad en la inejecución y acepta reparar el daño. En ese sentido, el acuerdo entre el acreedor y el deudor puede consistir en un pago indemnizatorio —si no hay asunto dudoso o litigioso— o en una transacción destinada a evitar un litigio relativo a la responsabilidad del deudor.[69]

Como afirma Larroumet, si no hay acuerdo amigable sobre la responsabilidad, es necesario, en primer lugar, comprobar la inejecución de la obligación. Ese es el objeto de la constitución en mora. En segundo lugar, se trata de condenar al deudor a la reparación del daño.

6.18. Inejecución de obligaciones y acciones de amparo

El siguiente punto emerge de la propuesta planteada por un sector de nuestra doctrina,[70] según el cual podría interponerse acción constitucional de amparo ante el incumplimiento contractual.

El fundamento de dicha tesis se centra en establecer que el derecho de propiedad que la Constitución consagra tiene un alcance más amplio que el contemplado en el Código Civil, pues comprendería todo el patrimonio de una persona, es decir, sus derechos y deberes (propiedad civil, créditos y deudas). De la conceptualización del crédito como expresión del derecho de propiedad y considerando que el

[69] Acerca de la transacción, remitimos al lector a lo expresado oportunamente al analizar los artículos 1302 a 1312 del Código Civil (Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. Tercera Parte, vol. XVI, tomo IX, pp. 411-621).

[70] Mejorada Chauca, Martín. «La Acción de Amparo y el Incumplimiento Contractual». En *Economía & Derecho*. Suplemento del Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 2 de marzo de 1995.

incumplimiento contractual produce la afectación patrimonial y, en consecuencia, la violación de tal derecho, se postula que la acción de amparo podría ser utilizada para reponer las cosas al estado anterior a la violación (el incumplimiento) y lograr la ejecución de la obligación contractual incumplida. Sin embargo, esta solución no abarcaría todos los casos, sino solo aquellos en que la situación fuera grave y no existieran otros mecanismos adecuados para revertirla.

Desde el contexto normativo nacional y, más aún, desde la estructura obligacional que rige nuestras relaciones contractuales, aquella idea carece de sustento.

El cuestionamiento técnico a la tesis del amparo ante la inejecución contractual tiene su fundamento en que el crédito no calza como expresión del derecho de propiedad. Ello resulta indiscutible. El acreedor (de un crédito) no es propietario de «alguna cosa».

Conforme apuntáramos en su oportunidad,[71] el crédito es el derecho a recibir de otro alguna cosa, pero no es «alguna cosa». El crédito consiste en la facultad de exigir el cumplimiento de una prestación. Como derecho subjetivo, es el poder o potestad individual de exigir, permitir o prohibir algo a los demás, esto es una pretensión a que otro (sujeto pasivo de una relación jurídica) se compromete de un modo determinado.

Del concepto citado no apreciamos estructura ni contenido similar al derecho de propiedad. Como dice Escobar,[72] la propiedad no sirve para explicar la situación jurídica del acreedor. En efecto, el derecho de propiedad implica que su titular pueda satisfacer directa-

[71] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.* Primera Parte, tomo III, pp. 466 y 467.

[72] Escobar Rozas, Freddy. «Inejecución de Obligaciones y Acciones de Amparo». *Derecho y Sociedad.* n.° 10, p. 45.

mente sus intereses, ejerciendo para ello los atributos, poderes y facultades que la ley le otorga sobre un bien determinado. El propietario no necesita de la cooperación de terceros para tal fin.

Dicho carácter no se aprecia, ni puede presentarse, en los créditos. El acreedor puede necesitar, para satisfacer su interés o acreencia, de la colaboración de terceros —llámese, por ejemplo, Poder Judicial— ajenos a la relación jurídica de la cual es parte.

Como crédito no es sinónimo de propiedad, en el sentido de que aquel permite exigir el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer, sustrayendo toda noción de derecho real, resulta vano afirmar que la sola inejecución de la prestación puede originar la alteración o desaparición del derecho de propiedad del acreedor (por ejemplo, en un contrato de préstamo dinerario).

Aun cuando la inejecución o el incumplimiento origine una situación grave en el acreedor, la solución no está en recurrir a la acción constitucional de amparo, pues lo único que se menoscaba o afecta es el interés del acreedor. Y ello no linda con los confines de la propiedad.

6.19. La teoría del incumplimiento eficiente de los contratos

La teoría del incumplimiento eficiente de los contratos se centra en establecer los posibles remedios ante la inejecución contractual, a fin de permitir una mejor asignación de recursos.

Según esta doctrina, el quebrantamiento del contrato es más eficiente que el cumplimiento del mismo cuando el costo de tal cumplimiento excede los beneficios para todas las partes involucradas; ello se presenta cuando aparece una contingencia que determina que los recursos necesarios para ejecutar el contrato sean más valiosos en otro uso alternativo. Las contingencias pueden ser de dos tipos: 1) que ocurra un golpe inesperado de suerte que haga que el incumplimiento genere más beneficios que el cumplimiento; o, 2) que se ge-

nere un desafortunado accidente, que imponga un mayor costo al cumplimiento que al incumplimiento.[73]

Dicha teoría recibe tratamiento a la luz del análisis económico del Derecho, determinando —desde una perspectiva primordialmente económica— las soluciones que el sistema jurídico debe dar al tema del incumplimiento, para llevarlo a un resultado más eficiente.

Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, la eficiencia se refiere a la relación existente entre los beneficios agregados de una situación dada y los costos agregados de esa misma situación. Así, un contrato resulta eficiente cuando como consecuencia de la operación de intercambio, los bienes y servicios involucrados quedan asignados a usos más valiosos a los que tenían antes que el intercambio operara.

Alfredo Bullard[74] indica que el estricto cumplimiento de un contrato, no siempre nos llevará a una situación eficiente. Tal es el caso, por ejemplo, de un contrato con efectos negativos respecto no a las partes, sino con relación a terceros (conocido como el problema de las externalidades), cuando los individuos (partes contratantes) se comportan irracionalmente, o cuando entre el momento de la celebración del contrato y el momento de su ejecución se han presentado cambios de circunstancias que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento se torne en menos eficiente.

Dicho de otro modo, el cambio de circunstancias puede ser más eficiente que el cumplir. Resulta, en consecuencia, que hay casos en

[73] Citados por Bullard, Alfredo. «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. pago de daños». *Ratio Iuris*. El Informativo. Editada por estudiantes y bachilleres de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, año I, n.º 1, noviembre de 1992, p. 21.

[74] Bullard, Alfredo. *Op. cit.*, p. 20.

los que es más eficiente incumplir el contrato o resolverlo, porque solo con ello se evitará una transferencia de recursos a usos menos valiosos. Pero solo debe ser razonable incumplir en aquellos casos donde el cumplimiento lleva a un resultado menos óptimo,[75] lo que en términos de Bullard[76] podría sintetizarse así: «En resumen la opción es o 'cumplir y perder' o 'incumplir y ganar'. Podemos presumir que el deudor elegirá la opción que le resulte más barata».

Ahora bien, conviene determinar si a la luz de nuestro sistema civil (derivación del romano germánico), la teoría del incumplimiento eficiente resulta viable.

Recuérdese que según dicho sistema, el acreedor de una obligación, ante el incumplimiento del deudor, puede optar entre exigir el cumplimiento de la prestación o resolver el contrato, solicitando —en uno y otro caso— la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes.

Por el contrario, para el sistema anglosajón del *common law*, la opción planteada en el párrafo anterior no debería existir o, en todo caso, la elección correspondería al deudor o a los jueces. 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 exigir la ejecución forzada de la obligación.

A decir de Bullard, «La ejecución forzada de la obligación no asegura un resultado óptimo».[77] Según esta postura, la ejecución forzada de las obligaciones no siempre nos lleva a un mejor resultado (jurídi-

[75] En términos economistas, lo «óptimo» describe una situación en la que nadie puede ya mejorar sin perjudicar a otro. Mientras no se alcance esta situación ideal, alguien puede mejorar su situación sin necesidad de empeorar la situación de otro.

[76] Bullard, Alfredo. *Op. cit.*, p. 21.

[77] *Idem.*

ca y socialmente hablando). Ello apunta a que la resolución y el pago de daños, sí lleva a situaciones en las que, sin perjudicar al acreedor, se puede llegar a resultados más eficientes.

Sin embargo, el principal problema que enfrenta la teoría del incumplimiento eficiente es el relativo a cómo calcular los daños para que estos sean plenamente compensatorios. Puede ocurrir, por ejemplo, que los juzgados concedan indemnizaciones superiores a los daños efectivamente sufridos, «sobrecompensando» a los acreedores por los perjuicios que les ocasiona el incumplimiento; y ello determinaría que la tesis no contribuya con una mejor asignación de recursos.

La conclusión al respecto es que el monto de la indemnización debe poner al acreedor en la misma situación en la que estaría si efectivamente el contrato se hubiese cumplido; solo de este modo, el pago de los perjuicios generará incentivos.

Los jueces deben contar con medios de evaluación lo suficientemente certeros como para reducir al mínimo los riesgos de un error.

Sin embargo, ello no es tan sencillo como parece. Ante la presencia de bienes que no pueden ser sustituidos fácilmente por otros en el mercado (bienes únicos), resulta difícil establecer una indemnización que repare realmente los perjuicios. Si tenemos en cuenta la subjetividad del individuo perjudicado, se genera un problema al momento de evaluar y valorizar los daños sufridos, más aún cuando el artículo 1332 del Código Civil genera, en este caso, una cuota de incertidumbre, al prescribir que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

Para nuestro sistema, la regla general es que toda obligación debe ser ejecutada de modo específico. Esto constituye una excepción en el sistema del *common law*; pero en lo que sí coinciden es que se puede solicitar la ejecución específica si el bien materia de la obligación tiene como característica la de ser único.

Ahora bien, si se nos plantea la disyuntiva de escoger entre uno u otro sistema, creemos que antecede a la respuesta el aclarar que las normas contractuales —y ello tanto en nuestro Derecho Civil como en el *common law*— rigen supletoriamente al acuerdo adoptado por las partes —a lo que estas dispongan—.

Con ello queremos expresar que el elegir entre la regla de la resolución e indemnización o la del cumplimiento forzado de la obligación específica no es de interés primordial, ya que las partes pueden variarla a su voluntad.

La doctrina encuentra respuesta a ello en el tema de los costos, llegando a las siguientes conclusiones:

- Las normas supletorias existen para evitar que las partes se vean compelidas a negociar y redactar todos los términos del contrato. Sin ellas, tendrían que prever todas las posibles contingencias que podrían presentarse, con el consiguiente desperdicio de tiempo y dinero.

- Las propias partes están en mejor aptitud (que los jueces) para establecer y revelar cuáles son los daños reales que sufren ante un incumplimiento contractual.

- Las partes están en mejor capacidad para determinar cuándo un bien es realmente «único» para el acreedor, es decir cuándo no tiene adecuado sustituto en el mercado.

- Los remedios legales al incumplimiento contractual deben orientarse a conseguir que las partes sean quienes decidan finalmente si se cumple o no el contrato y en qué términos.

- Es más fácil hablar del pago de un «precio» por el incumplimiento, determinado entre las partes, que del pago de una indemnización por las Cortes. Así, según Bullard, «El tema es que existen motivos para pensar que eliminar la intervención de las Cortes so-

bre el pago de daños reduce la incertidumbre en el sistema. Siendo que la información con la que éstas cuentan para calcular daños es insuficiente, las partes no tendrán certeza respecto al nivel de acierto o error con el que actuarán los tribunales. Esta incertidumbre es un costo de transacción importante».[78]

- La solución de la ejecución específica reduce la incertidumbre tanto respecto a la calidad de «único» que tiene un bien, como sobre el monto de los daños causados. Al hacerlo facilita la renegociación posterior al incumplimiento y por esta vía abre las puertas a la solución más eficiente. Si no existiese regla general aplicable, las partes probablemente pactarían la ejecución forzada de la obligación en la mayoría de los casos.

7. El universal e implícito derecho de «prenda general» en la inejecución de obligaciones. El deudor responde con todo su patrimonio por el cumplimiento de las obligaciones

El concepto moderno de responsabilidad patrimonial resalta el principio según el cual las obligaciones solo se hacen efectivas en el patrimonio del deudor.

El patrimonio es una universalidad distinta de cada uno de los bienes que lo componen, y el deudor, al contraer una obligación, está comprometiéndolo en su calidad de tal. Por eso, en ningún momento pierde la libertad de enajenar cualquiera de los bienes que lo forman, ya que ellos, separadamente, no responden por esa obligación.[79]

Así, el denominado derecho de prenda general es aquel que nace de toda relación jurídica patrimonial (obligación personal) y tiene la

[78] *Ibidem*, pp. 32 y 33.

[79] Prieto Ravest, Enrique. *Teoría General de las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile, 1959, p. 83.

característica de facultar al acreedor para perseguir el pago de su crédito en todos los bienes del deudor. El acreedor, para hacer efectiva su acreencia, puede incluso rematar, subastar o realizar los bienes de su deudor.

Veamos el contexto teórico que enlaza la figura que ahora nos ocupa, las garantías y el Derecho de Obligaciones.

Se sabe que el desigual reparto de la riqueza y la necesidad de satisfacer las exigencias elementales —cada vez mayores— de la vida humana, fue lo que dio nacimiento al fenómeno del crédito, en cuya esencia se encuentra el hecho de que el acreedor crea en la sinceridad del compromiso asumido por el deudor. Dicha concepción fue evolucionando, a tal grado que la convicción en el compromiso ha sido sustituida por las garantías.

Sin duda alguna, las garantías personales surgieron mucho antes que las reales; ello debido a que los bienes muebles carecían de valor y los inmuebles eran considerados como propiedad del grupo familiar, estrechamente cohesionado. Agrégase a este concepto la idea que todo acreedor tenía respecto a que su crédito estaba íntimamente unido a la persona no solo del deudor, sino también a toda la familia de este.

Sin embargo, conforme el tiempo transcurría, la cuestión en torno de la seguridad en los créditos se fue convirtiendo en un problema insostenible; y, como indica Max Arias-Schreiber,[80] la codicia y la avidez debilitaron la confianza en el compromiso asumido por el deudor frente al acreedor.

[80] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. *Op. cit.*, tomo VI, p. 10.

Claro está que toda obligación asumida y susceptible de producir efectos jurídicos tenía como paralelo —a la vez que como mecanismo de defensa— a la «garantía genérica o general», según la cual el acreedor podía actuar sobre los bienes que integraban el patrimonio del deudor para hacerse pago con ellos.

A decir de Jorge Avendaño Valdez,[81] la prenda genérica o general es una denominación imperfecta con la cual se pretende destacar que dichos bienes del patrimonio del deudor, están implícitamente afectados al cumplimiento de sus obligaciones de tipo patrimonial o mixto.

Al utilizar la palabra «implícitamente», Avendaño se refiere a la circunstancia de que no se precisa de la afectación expresa. Es decir, no es menester la declaración del deudor de que los bienes de su patrimonio se vean gravados o afectados en garantía de las obligaciones contraídas, ya que ese mandato existe por prescripción del Derecho.

Resulta innegable que la prenda genérica encuentra su razón de ser en el Derecho de Obligaciones. En la medida en que a través de ella el acreedor puede lograr el pago de su crédito —o por lo menos perseguir esa finalidad— sobre todos los bienes del deudor, el Derecho de Obligaciones deviene en el campo natural donde la figura alcanza plenitud en sus efectos.

Sin embargo, creemos que la perplejidad y vacilaciones latentes en la doctrina, giran en torno a su naturaleza jurídica. Al menos eso puede deducirse luego de un parco tratamiento del tema, toda vez que en los autores consultados solo se aprecian breves referencias sobre la prenda genérica al desarrollarse el recuento histórico de las garantías reales.

---

[81] Avendaño Valdez, Jorge. *Derechos Reales*. Materiales de enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2ª ed. corregida y aumentada. Lima: Fondo de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 277.

En ese orden de ideas, podemos afirmar que como la denominada «prenda genérica» tiene por objeto mediato y función prevenir al acreedor contra la posible insolvencia del deudor, ésta constituye una garantía o seguridad.

Entonces, lo conveniente resultaría determinar si como garantía o derecho de realización de valor, la prenda general es de carácter real, personal o acaso un privilegio, o si se trata de una seguridad legal o convencional.

La clasificación general de las denominadas «seguridades concretas», comprende tanto a las garantías legales como a las convencionales, según estas deriven de una imposición de la ley o del compromiso o convenio entre las partes.

Tradicionalmente, los autores muestran entre las garantías legales a los privilegios, y dentro de las convencionales a las personales y reales. Sin embargo, existen situaciones en las que —como veremos— las diferentes formas se yuxtaponen y entremezclan (sin confundirse), generando cierta dificultad para determinar si estamos ante una garantía legal o convencional.

Se ha dicho que las garantías legales son aquellas que derivan de un mandato legal. De ahí que los privilegios son derechos o preferencias que la calidad del crédito otorga a un acreedor, en virtud de la ley, para ser preferido sobre los demás acreedores.

Sin embargo, los privilegios no son las únicas garantías legales. También están la prenda legal (artículo 1065 del Código Civil), la hipoteca legal (artículos 1118 a 1121 del Código Civil) y la fianza legal o necesaria (artículo 1905 del Código Civil).

Respecto de la prenda legal, y haciendo una sucinta recopilación del tema, diremos que esta se constituye de pleno derecho, se inscribe de oficio, bajo responsabilidad del registrador, simultáneamente con

los contratos de los que emana (de ahí la denominación de «garantía oculta»), y solo procede para bienes muebles susceptibles de inscripción en los tres casos específicos reconocidos por la ley civil, a saber (en aplicación remisiva y concordante de los numerales 1118 a 1121 del Código Civil):

- Bienes muebles enajenados cuyo precio no ha sido pagado totalmente o lo ha sido con dinero de un tercero;
- Bienes muebles para cuya fabricación o reparación se proporcionó trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se obligó a pagar; y
- Bienes muebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios.

Las prendas legales reconocidas por el Código Civil tienen carácter de renunciables y puede cederse su rango —antelada y unilateralmente— respecto de otras prendas legales y convencionales.

La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N.º 26702), prevé en sus artículos 170 a 174 la figura de la prenda legal, precisando que la sola entrega a una empresa del sistema financiero de bonos u otros valores mobiliarios, constituye prenda sobre tales bienes, en garantía de las obligaciones de quien hiciera la entrega, salvo estipulación en contrario.

Las mismas características descritas para el caso de las prendas legales, resultan pertinentes para las hipotecas que se constituyen de pleno derecho, pues las normas civiles que regulan la figura de la hipoteca legal, rigen extensivamente y *mutatis mutandi* a las prendas legales.

Sin embargo, cabría anotar que para el caso de hipotecas constituidas a favor de las empresas del sistema financiero, aquellas respal-

dan todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ellas por quien las afecte en garantía o por el deudor, salvo estipulación en contrario. De ahí que este tipo de garantías reciba el nombre de «hipotecas sábanas» (artículo 172 de la Ley de Bancos).[82]

---

[82] Las denominadas «hipotecas sábanas» no estaban reguladas por la anterior Ley de Bancos, ni por el Código Civil de 1936, el que no establecía —como sí lo hace el Código Civil de 1984, en su artículo 1104— la posibilidad de constituir hipoteca para garantizar obligaciones futuras.
Ello resultaba coherente con la naturaleza jurídica de la hipoteca, al ser concebida como un accesorio de una obligación principal, ya existente o establecida en el mismo acto de constitución de la hipoteca (principio de especialidad de la hipoteca). Por eso la conexión y la inseparabilidad de la hipoteca en relación con el crédito era consecuencia de la accesoriedad.
De otra parte, se ha precisado que el artículo 1104 del Código Civil de 1984, es una norma que origina una excepción al carácter accesorio de la hipoteca, ya que la posibilidad de constituir gravamen en garantía de obligaciones futuras o eventuales, permite la existencia de una garantía que asegure una obligación inexistente.
Por eso hay quienes han señalado que la contratación bancaria denominada «hipoteca sábana» atenta contra el carácter especial de la hipoteca, pues se limita a fijar un monto determinado para garantizar el pago de deudas y responsabilidades que en general pudiera tener un deudor frente a un banco.
Dichas apreciaciones fueron expuestas en un proceso judicial —en donde era parte uno de los coautores de esta obra—, por el que una institución financiera pretendía hacerse cobro de una deuda asumida con posterioridad a la constitución de una hipoteca a su favor, cuando la garantía era de fecha anterior a la dación del Código Civil de 1984.
Dentro de la premisa planteada, no resultaba factible aplicar al caso el artículo 1104 del Código Civil, por ser una norma excepcional. Sostener lo contrario, sería darle fuerza y efectos retroactivos a un dispositivo que se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes a partir de su vigencia, es decir con posterioridad al 14 de noviembre de 1984, además de contravenir expresamente el artículo III del Título Preliminar del Código Civil.
En suma, con anterioridad al Código Civil de 1984 y a la Ley General de Instituciones Financieras y de Seguros N.° 26702, la legislación nacional solo reconocía como válidas las hipotecas constituidas en garantía de una obligación preexistente o establecida en el mismo acto de constitución.

Como expresa Arias-Schreiber, en doctrina se entiende por fianza legal aquella que se otorga en virtud de un mandato de la ley. Tal sería el caso, por ejemplo, del artículo 520, inciso 2, del Código Civil, que obliga al tutor a garantizar por ese medio (a falta de hipoteca o prenda), la responsabilidad de su administración. La fianza judicial, de otro lado, es la que se presta en virtud de una orden del juez. Tenemos el caso previsto en el artículo 426, que faculta a los magistrados a exigir la constitución de garantías para asegurar la responsabilidad de los padres en la administración de los bienes de sus hijos menores o incapaces.

Agrega el citado profesor que el artículo 1905, asimilando ambas figuras, se refiere simplemente a la «fianza legal», pues es claro que aquella que se confiere en virtud de un mandato judicial tiene siempre su origen en una norma que permite al juez exigir su constitución. No cabe, en efecto, que el magistrado, arbitrariamente, obligue a alguien a prestar fianza.

Indica Arias-Schreiber que conviene, sin embargo, hacer una precisión de vital importancia: la fianza —como contrato que es— no puede surgir sino de la libre confluencia de voluntades entre acreedor y fiador. No cabe por ello que pueda obligarse a una persona a celebrar este contrato y asumir la condición de fiador, si no desea hacerlo. Como acertadamente señala Acuña Anzorena, comentando a Salvat, «la clásica división de la fianza en convencional, legal y judicial, no debe hacer incurrir en el error de creer que al lado de la fianza resultante de una convención libremente aceptada, existiría otra, a cargo de determinadas personas, impuesta por la ley o por sentencia judicial como obligación de afianzar la deuda de otro».[83]

[83] Salvat, Raymundo M. Citado por Arias-Schreiber Pezet, Max y Cárdenas Quirós, Carlos. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Primera Edición. Lima: San Jerónimo Ediciones, 1989, tomo III, pp. 299 y 300.

Anota que es claro, en consecuencia, que cuando el precepto hace referencia a la fianza por disposición legal alude al origen de una obligación impuesta al deudor, el mismo que se ve compelido a afianzar su responsabilidad proporcionando un fiador. La obligación que emana de la ley o del mandato judicial recae, pues, sobre el deudor. Este tendrá que obtener que alguien lo afiance y este fiador siempre intervendrá por su propia voluntad, accediendo al pedido del obligado principal. En este orden de ideas, la obligación del fiador —estrictamente hablando— es siempre convencional, pues en ningún caso una persona puede ser compelida a contratar contra su voluntad.

Finaliza el citado profesor expresando que el artículo 1905 del Código Civil no tiene, en suma, otros alcances que establecer que la persona obligada como fiador en virtud de un mandato legal o judicial impuesto al deudor, gozará de los mismos derechos y su obligación tendrá los mismos alcances establecidos en el Título relativo al contrato de fianza, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que la obligación siempre nace del acuerdo de voluntades libremente concertado con el acreedor.[84]

En lo que respecta a la fianza necesaria o legal, esta adquiere dicha característica en dos situaciones específicas:

(a) Cuando para el ejercicio de la administración legal, el juez (a pedido del Consejo de Familia) decida que los padres constituyan garantía (fianza) para asegurar la responsabilidad de su administración (artículo 426 del Código Civil);

(b) Como requisito previo al ejercicio de la tutela, para asegurar la responsabilidad de la gestión del tutor (inciso 2 del artículo 520 del Código Civil).

[84] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo III, pp. 299 y 300.

Por otro lado, siguiendo con el esquema de clasificación general de las garantías, dentro de las convencionales se ubican tanto las personales como las reales.

Son garantías personales aquellas en las cuales es un sujeto quien asegura el cumplimiento de la obligación y el derecho no se encuentra concretado en ningún bien específico, ya que es con la totalidad de su patrimonio con lo que responde por la obligación del deudor garantizado. Estas, a su vez, se clasifican en fianza y aval.[85]

Por su parte, las garantías reales aseguran el cumplimiento de una obligación mediante la concesión de un poder directo e inmediato sobre un bien ajeno. Estas, como se sabe, son la prenda, la hipoteca, la anticresis y el derecho de retención, según se garantice la obligación con un bien mueble (prenda), inmueble (hipoteca), que la obligación sea un préstamo dinerario y se otorgue garantía con un inmueble (anticresis), o indistintamente reteniendo el bien mueble o inmueble hasta que el acreedor vea suficientemente garantizado o satisfecho su crédito (derecho de retención).[86]

[85] La antigua distinción que se hacía entre fianza y aval, respecto a que la primera correspondía al área civil-comercial, mientras que la segunda solo era propia del derecho cambiario, ya no existe. La Ley de Títulos Valores (Ley N.º 27287) descarta dicha diferenciación, pues en su Sección Cuarta del Libro Primero (artículos 56 a 63) prevé el tema de las Garantías de Títulos Valores, permitiendo que estos puedan ser garantizados total o parcialmente por cualquier garantía personal y/o real u otras formas de aseguramiento que permita la Ley, inclusive por fideicomiso de garantía (artículos 241 a 247 de la Ley de Bancos y artículo 40 de la Ley de Títulos Valores). De este modo, ahora se puede establecer que si bien la figura del aval es típicamente cambiaria, por cuanto solo se aplica o garantiza a través de ella a los títulos valores (sean estos materializados o desmaterializados), ya no es propio señalar que aquella constituye la única forma de garantizar títulos valores, pues —como se indica— caben también la fianza, la prenda y el derecho de retención sobre títulos de crédito.

[86] Nos atreveríamos a afirmar, incluso, que entre las garantías reales podrían configurarse otras modalidades, tales como el arrendamiento financiero, la reserva de propiedad, la fiducia en garantía y el embargo, toda vez que se trata de situaciones y/o vínculos jurídicos con efectos reales que, a su vez, permiten crear en el acreedor la convicción de que su crédito resultará satisfecho o, por lo menos, con más probabilidades de que lo sea.

Según puede apreciarse de la clasificación general de las garantías, podría introducirse un tercer criterio de naturaleza mixta, que involucre a aquellas que si bien son convencionales, también pueden constituirse de pleno derecho, adoptando adicionalmente, en consecuencia, la característica de legales.

Así, podría presentarse el siguiente esquema clasificatorio:

GARANTÍAS	
LEGALES	CONVENCIONALES
· Privilegios y/o Preferencias · Fianzas / Prendas / Hipotecas Legales	· Personales: Fianzas (civil, bancaria y cambiaria), Avales y Cartas de Crédito. · Reales: Prendas, Hipotecas, Anticresis, Derecho de Retención y otras modalidades (Arrendamiento Financiero, Reserva de Propiedad, Fiducia en Garantía, Embargo).

Ahora bien, dentro de ese esquema general, ¿dónde podríamos ubicar a la prenda genérica o general?

Como se sabe, el derecho de prenda general recae sobre la universalidad del patrimonio del deudor y, como «mecanismo de defensa» que es, permite o faculta al acreedor para actuar sobre los bienes que integran ese patrimonio, a efectos de hacerse pago con ellos. De esa descripción, no queda duda que estamos frente a una garantía.

Si con dicha garantía se afectan todos los bienes del deudor, este debe responder tanto con los muebles como con los inmuebles (bie-

nes materiales o inmateriales) que forman parte de su patrimonio. De allí que la primera característica que podría inferirse de la prenda genérica es que se trata de una garantía real, pues con ella se puede ejercer un poder directo e inmediato (real) sobre un bien del deudor (bien ajeno respecto del acreedor). Sin embargo, todo derecho real de garantía otorga la acción persecutoria para recuperar el bien que ha salido de «manos» del deudor.

Es por esta última característica que la prenda genérica se identifica con las garantías personales, por cuanto al no haberse concretado el bien específico sobre el que recae la garantía, la prenda general (al igual que las garantías personales) no otorga el derecho de persecución sobre el bien, sino queda involucrado la totalidad del patrimonio del deudor.

Con esta descripción podría entonces sostenerse que al no tener ese carácter persecutorio, la prenda general no es una garantía real, sino más bien una personal. Sin embargo, la nota tipificante de toda garantía personal es que en esta es un sujeto (y no un bien), y solo él es quien asegura el cumplimiento de la obligación. Pese a que por intermedio de la garantía genérica —como efecto propio de una relación jurídica obligacional—, el acreedor puede procurarse la prestación o «hacérsela procurar por otro», a costa del deudor, esa intervención del «tercero» no es determinante de la prenda general, pues, repetimos, el acreedor puede hacerse cobro directo con los bienes del deudor, «sin intervención de otro».

En ese orden de ideas, consideramos que la prenda genérica o general es una garantía *sui generis* de naturaleza plural.

Nos explicamos.

Si bien la prenda general no tiene regulación directa en las normas del Derecho de Obligaciones, ello no elimina ni reduce su trascendental importancia como principal efecto de las obligaciones.

Reiteramos, la prenda general pretende destacar que los bienes del patrimonio del deudor están «implícitamente» afectados al cumplimiento de sus obligaciones. Decimos «implícitamente» porque no se precisa de una afectación expresa, ni es menester contar con el asentimiento expreso del deudor o del acreedor, toda vez que dicha afectación o gravamen existe por mandato del derecho subjetivo, de aquel poder o facultad con el que contamos todos los sujetos de derecho, precisamente por ser personas y en cuanto lo somos, para obrar en satisfacción de los intereses propios garantizados por el ordenamiento jurídico.[87]

Así, la prenda genérica es una garantía legal y convencional, lo que equivale a decir que posee características de ambas, y es un derecho subjetivo patrimonial que tiene carácter real y personal, en tanto que deriva de una relación obligacional que da nacimiento a un crédito con efectos reales.

Podría decirse que la nota legal, en cuanto a ella, está en la prelación u orden para el cobro de los créditos involucrados. Si bien afecta la totalidad del patrimonio del deudor, no existe un *pars conditio creditorum*, debiendo tenerse en cuenta la prelación establecida por la ley de la materia: la Ley del Sistema Concursal, Ley N.° 27809. Dicho cuerpo legal precisa en su artículo 42 el orden de los privilegios y

[87] Sobre el particular, se presentó un proyecto de modificaciones al Libro VI del Código Civil, según el cual se pretendía incluir un párrafo al actual artículo 1219 del texto siguiente: «El deudor responde con todos sus bienes, presentes y futuros, del cumplimiento de la prestación». (Cárdenas Quirós, Carlos. «Hacia la Reforma del Libro VI del Código Civil». *Thémis,* n.º 30, Revista de Derecho editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, Edición Aniversario, febrero de 1998, pp. 141-148).
Esa inclusión resultaría superflua, toda vez que, como anotáramos, la prenda genérica es un efecto implícito, incontrovertible e irrefutable de las obligaciones, y como tal no requiere de una precisión legal ni convencional para hacerla efectiva.

preferencias para el pago de los créditos, y en su enumeración podríamos incluir, dentro del quinto rango, en el rubro «los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes», a los involucrados mediante prenda genérica.[88]

[88] El artículo 42 de la Ley del Sistema Concursal, señala lo siguiente:
Artículo 24.- ORDEN DE PREFERENCIA.-
42.1. En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:
Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen expresamente los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley N.º 25897, con excepción de aquellos establecidos en el literal c) de dicho artículo;
Segundo: Los créditos alimentarios, hasta la suma de una (1) Unidad Impositiva Tributaria mensual;
Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el Artículo 32. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberán estar inscritas en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aún cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero sólo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos;
Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Seguro Social de Salud - ESSALUD, sean tributos, multas, intereses, moras, costas y recargos; y
Quinto: Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes; y la parte de los créditos tributarios que, conforme al literal d) del Artículo 48.3, sean transferidos del cuarto al quinto orden; y el saldo de los créditos del tercer orden que excedieran del valor de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos.
42.2. Cualquier pago efectuado por el deudor a alguno de sus acreedores, en ejecución del Plan de Reestructuración o el Convenio de Liquidación, será imputado, en primer lugar, a las deudas por concepto de capital, luego a gastos e intereses, en ese orden.

8. Evolución histórica de la responsabilidad civil

La noción de responsabilidad ha tenido un proceso bastante laborioso y largo en la historia del Derecho.

El término «responsabilidad» no existía en el Derecho Romano. La que sí figuraba en el Derecho ilustrado, al menos desde el siglo XIII, era la palabra «responsable», la misma que se tornó bastante habitual bajo el Antiguo Régimen por intermedio de *responsum*, que deriva de *respondere,*[89] el mismo que significa «estar obligado». Pero este concepto tan amplio no es el que técnicamente interesa al desarrollo de la voz «responsabilidad».

Por lo pronto, los diccionarios latinos no contienen un significado análogo al término «responsable» *(responsabilis).*

El comienzo institucional de la responsabilidad, bastante embrionario, aparece caracterizado por la intención de fijar o concretar criterios jurídicos mediante proyecciones conceptuales que le excedían, como eran las religiosas.

La primitiva concepción de justicia se reflejaba en la venganza privada, donde cada persona procuraba hacerse justicia causando un daño idéntico a otro. Ese uso constante de la venganza fue cobrando

[89] «*Respondere* remite a *sponsio* y a *spondere* (de donde viene *sponsus*, esposo, novio). El *sponsor* es un deudor: el hombre que en el diálogo de la 'estipulación', por medio de una respuesta afirmativa a la pregunta del 'estipulante', futuro acreedor, se compromete a realizar alguna prestación; por ejemplo, a contraer justas nupcias con cierta mujer. El *responsor* era, específicamente, el fiador; en un segundo cambio de palabras, éste se obligaba a responder de la deuda principal de otro. El vocablo 'responder' implica, desde entonces, la noción de saberse garante del curso de los acontecimientos que van a suceder». (Villey, Michel. «Esbozo histórico sobre la palabra 'responsable'». En: *Cuadernos de Derecho.* Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, año 3, número 4, Lima, 1994, p. 9).

una jerarquía institucional más orgánica. Lo que al inicio fueron reacciones o impulsos, se transformaron después en Derecho y así aparece la llamada Ley del Talión (*verbigracia* Código de Hammurabi, los textos del Pentateuco, el Código chino de los Cinco Reyes, el libro hindú de las Leyes de Manú, el Zend-Avesta persa, el régimen jurídico de los Menangkabao —regiones centrales de Sumatra—, el régimen jurídico de los Battaks, etc.).

Antes de continuar, y a modo de ejemplo, veamos lo que ocurría entre las mencionadas tribus de Sumatra y los Battaks.

Dentro de los Menangkabao, el incumplimiento voluntario de la obligación ponía en juego dos elementos coactivos: el embargo *(tarik)* y la reducción del deudor. Los sujetos de acción eran primeramente las comunidades domésticas.

Dentro de los Battaks, los sujetos eran las familias, no los individuos, y solo por excepción actuaban estos últimos. No había *tarik*, pero sí la esclavitud.

Eran los tiempos en que predominaba la venganza primitiva, pero también correspondía a la época en que se veía la necesidad de ir sustituyendo ese incipiente tipo de sanción, por un ataque directo al patrimonio y no a la persona.

Así, se pensó en la posibilidad de que el ofendido renunciara a su derecho de venganza por el pago de una suma de dinero, a lo que se llamó «composición», instituto que —según informan los autores— comenzó como voluntario para transformarse luego en uno legal.

Es interesante, sin embargo, observar algunos otros rasgos concretos de la extensa evolución del concepto de responsabilidad.

En el Derecho Romano primitivo se presentaba una profunda confusión entre los conceptos de «reparación» y «pena». La infracción

cometida en el campo contractual era considerada como la producida fuera del contrato.[90]

El tema conductor o *leitmotiv* del régimen romano de reparación de daños, no era necesariamente la culpa, sino la defensa de una justa repartición de los bienes distribuidos entre las familias, de un justo equilibrio (*suum cuique tribuere-aequabilitas*). Cuando intervenía una ruptura de este equilibrio, un perjuicio contrario al derecho y a la justicia *(damnum injuria datum)*, entonces entraba en juego la llamada justicia correctiva, cuya función será mitigar el desequilibrio.

Cuando la culpa ganó el terreno de la reparación del daño injusto, el término «injuria» no se refería en nada a la falta subjetiva, sino al hecho objetivo, al atentado contra el derecho, a la usurpación del derecho ajeno.

La sanción no se relacionaba con el reproche que merecía la conducta dañosa obrada. La responsabilidad del autor era puramente objetiva y surgía por la sola circunstancia de producirse la injuria. La aparición del daño acarreaba la imposición de las penas, sin distinguir o diferenciar los factores que podían generarlo.[91]

---

[90] La distinción entre ambas ilicitudes, se dice, nació de modo circunstancial. La Ley Aquilia reprimía hechos positivos y no negativos. El incumplimiento contractual pertenecía a este tipo. Entonces se concedió al acreedor la acción derivada del contrato y la responsabilidad contractual se confundió con el contenido de este. (Editorial Bibliográfica Argentina. Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Editorial Biblia Gráfica Argentina S.R.L., 1955, tomo XXIV, p. 796).

[91] Según sostiene Colombo, de ello derivaban dos consecuencias primordiales: el resarcimiento se identificaba con las sanciones punitivas y no existía línea divisoria entre las injurias del derecho privado y las del derecho público. Corolarios ineluctables: los inocentes corrían siempre el riesgo de pagar como pecadores, los castigos no guardaban proporción con la gravedad de las lesiones y la equidad no servía de base a la justicia (y es que en los ordenamientos jurídicos primitivos no había diferenciación entre responsabilidad civil y penal; todas las sanciones tenían el mismo carácter; la finalidad principal era preservar la paz social y evitar que cada individuo se hiciera justicia por

Dentro de este contexto, anotan los autores que nada más admirable tiene la historia del derecho privado que el desarrollo del concepto de culpa y de las distinciones introducidas en esta, según la diversidad del «medio» en que debía apreciarse y evaluarse la injuria.

Así, Chironi[92] ilustra que ya en los orígenes de las concepciones jurídico-sociales, donde la razón individual da contenido a la injuria y medida a la reparación, en el derecho más antiguo, aquella estaba constituida por el solo daño injustamente ocasionado, y la garantía de la ofensa consistía en la pena, sin calcular para nada la imputabilidad del daño y sin establecer proporción entre este y el resarcimiento impuesto, siendo el daño, de por sí, una injusta ofensa que excitaba la venganza, la justa reacción del ofendido.

---

sí mismo. No se hacía distingo entre el autor culpable o inculpable, ya que —como se dijo— no solo era objetiva, sino además colectiva, pues en determinadas circunstancias se extendía a los familiares del autor, o al jefe del grupo a que aquel pertenecía, aunque estos fueran totalmente ajenos al acto. En lo que difiere la doctrina romana de la actual, es en el hecho de que la culpa del demandado no era la causa de la obligación civil contractual, ni penal). La verdadera y esencial causa de la obligación estaba dada por el desorden ocasionado en una relación entre varias personas y la reacción de la justicia no solo conmutativa, sino también correctiva y reparadora. Inclusive seguida de un daño, la culpa no era suficiente para hacer responsable a alguien. A ello se suman otros factores: el tipo de daño ocasionado por la otra parte, la víctima, la naturaleza de la materia discutida en la causa, el conjunto del asunto. La culpa no era una condición necesaria.

De ahí que los juristas romanos conocieron múltiples supuestos de responsabilidad sin culpa, entre ellos los siguientes: la acción *pauperiis*, la obligación de reparar el daño causado por la caída de una teja; aquella del *pater familias* por los daños resultantes de los actos realizados por sus servidores. De estos, el Derecho Francés derivó a los siguientes: 1) se es responsable del daño causado por el hecho de las personas por las cuales se debe responder, de las cosas que se tienen bajo su guarda; 2) el propietario de un animal es responsable del daño que este ha causado; 3) el propietario de un edificio es responsable del daño causado por su ruina. (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1987, Tercera Edición, tomo III. p. 518).

92 Chironi, G.P., *La Culpa en el Derecho Civil Moderno*. Culpa Extra-Contractual. Madrid: Hijos de Reus, Editores, 1904. Segunda edición, tomo I, p. 9.

Dada esta relación entre los conceptos de daño y ofensa, de reparación y pena, resulta comprensible que mal podía existir la distinción entre culpa contractual y extracontractual. Ello —opinan los autores— es un resultado del análisis llevado a cabo en la ruda concepción primitiva sobre injuria, culpa y responsabilidad.

Que el derecho derivase o no de contrato, el faltarle era ofenderlo, y el ofendido inducía la pena. El concepto de delito (íntimamente ligado a los términos de ofensa y pena) intervenía dominante en las relaciones contractuales, sobre todo cuando se apreciaba la existencia de una violación causada por el obligado.

De este modo, la ofensa (el daño) era lesión del Derecho. De ello se deriva la concepción generalizada sobre reparación, en el sentido de dar a esta el carácter de penalidad exagerada, excesiva como el espíritu de venganza.

Dentro de este orden de ideas, la Ley de Las XII Tablas dispuso no solo las formas especiales de *iniuria,* sino también la obligación de resarcir el daño injustamente acarreado: *rupitia sarcito.* En ella, quedan muchas y notables huellas de la concepción antiquísima que atribuye carácter de delito a todo daño injustamente causado (injuria objetiva), y el de pena a la sanción opuesta a la ofensa.[93] Frente a los delitos de injuria (en sus varias formas: hurto, corte de plantas, daños

---

93 Es cierto que en algunos actos ilícitos especiales (hurtos, por ejemplo) aparece la consideración subjetiva del *animus* del agente; pero no para adecuar la sanción al hecho, sino para diferenciar objetivamente cada una de las lesiones. También es cierto que el impúber, por incapacidad, estaba exento de pena; pero no lo es menos que estaba obligado siempre al resarcimiento del daño (*noxiam sarcire*). Asimismo, la venganza, desaprisionada del sentimiento del ofendido, incidía en los términos de la pena determinada por la ley; pero todavía permanecía casi íntegra en algún caso (*talio*). «Defectos eran éstos que no era posible esquivar en un estudio tan imperfecto del Derecho, y que, en parte, se compensaban por la distinción de los varios delitos privados, según la penalidad correspondiente». (Chironi, G.P. *Op. cit.*, tomo I, p. 27).

en las cosechas), castigados con pena, otros eran considerados por la ley como suficientemente castigados con la obligación de reparar el daño en forma de *noxia* (reparación ante el daño resultante de un delito), según la determinación del árbitro. No importaba que en estos últimos hechos el elemento subjetivo estuviese completamente descuidado y que se tomase en consideración el daño (destrucción y deterioro: *rupitias*), en cuanto dirigido a una cosa corporal (*rem rumpere, rem frangere*); ni tampoco importaba que la prestación del resarcimiento se hiciese, por lo general, en natura (*noxia*), y que en los demás casos, y cuando dicho modo de reparación no era posible, la ley no estableciera criterio alguno para la determinación del valor.

Sin embargo, pese a estas sutiles imperfecciones, ya era un progreso la distinción descrita según la gravedad de los hechos y el haber ordenado el concepto de resarcimiento del modo que parecía corresponder mejor al daño injustamente ocasionado.

Por su parte, la Ley Aquilia, innovando a las XII Tablas en materia de *iniuria*, más que nada lo que hizo fue cambiar la pena. Con ella, la *iniuria* originaba la obligación (responsabilidad) nacida de *rumpere*. Esta locución muestra qué daño se sobreentendía: el del contacto directo del causante, pues el daño debía ser producido *corpore et corpori*.

Al respecto, anota Chironi[94] que ello era una materialidad mal concordada o avenida con la idea expresada por la ley en términos generales, pero como quiera que los derechos sobre una cosa suponían la facultad de tenerla y sujetarla directamente, el daño en ella se restringía a los términos del deterioro material, derivado del contacto del cuerpo ofendido con el cuerpo del ofensor. En este contacto injustamente lesivo estaba la ofensa y la razón de la responsabilidad.

[94] Chironi, G.P. *Op. cit.*, tomo I, p. 31.

Las dos acciones que demuestran la extensión dada al concepto del daño ilícito eran la *actio utilis Aquilia* (perjuicio ocasionado a la cosa sin ejercitar sobre ella un acto físico: *corpore*) y la *actio in factum Aquilia accomod* (sin que se ofendiese a su materialidad física: *corpori*).

Nótese que el concepto primitivo de ofensa contenía un alto grado de materialidad, un acto exterior que manifestara la violación del Derecho, esto es la violación corporal de la cosa objeto del Derecho; pero luego se percataron que también podía derivarse el daño de una omisión, y con ello se completó la figura de la injuria, observando que el Derecho puede obligar a «no omitir» y, por consiguiente, a «hacer».

Así aparece completada la entidad del Derecho, por la cual su titular puede accionar contra las ofensas que le dañan, lesión contenida ya sea por actos o hechos positivos dolosos o culposos, ya por hechos negativos, calificados de ilícitos cuando el respeto del Derecho impone al agente la obligación de hacer. Considerada así la violación del Derecho, la *iniuria* y su valor jurídico en la institución de la culpa aquiliana no se restringe solo a los hechos positivos (*culpa in faciendo*), ya que también la culpa *in non faciendo* puede darle causa.

En suma, el concepto del daño y de la figura primitiva del *damnum corpore corpori datum* (daño material causado a un cuerpo u objeto), se pudo extender, como se hizo, y ampliar hasta comprender el daño causado *corpore non corpori* y no *corpore corpori*, sin que ello significara que en la noción de la ofensa entraran todos los hechos que a la concepción integrada del Derecho y a la delicadeza del sentimiento jurídico progresivo debían aparecer y parecían formas de lesión injusta.

Toda injuria objetiva, toda ofensa, era por sí injuria, en el sentido de hecho jurídico causante de responsabilidad, sin que exista huella de la culpa (injuria subjetiva) como elemento esencial para la construcción de la relación obligatoria.

Más adelante, en la época en que el Estado, con la «composición legal», castiga a los culpables, y los particulares se conforman con la indemnización, cobra desarrollo una idea de responsabilidad de sentido más acorde con la actual.

La confusión entre pena y reparación se cambia más bien por la distinción entre ellas. En un proceso de profunda espiritualización de los conceptos nace la idea de la culpa como auténtico eje de la responsabilidad. Ello acontece en el propio Derecho Romano con los juristas de fines de la República. Influidos de ideas griegas, muy especialmente en el caso de Quinto Mucio Scaevola, toman la idea de la culpa aquiliana y, en materia contractual, vinculan la culpa con las ideas de buena fe y diligencia.

Del primer significado etimológico de la palabra «responsable», que señalaba —en resumen— que eran responsables todos aquellos que podían ser llamados ante cualquier tribunal, porque sobre ellos pesaba una cierta obligación, ya sea que su deuda procediera o no de un acto de su libre voluntad, muy lentamente la humanidad se fue desprendiendo de esa idea «material» del obrar, que no advertía que los actos humanos son tales por la carga intencional que los anima, pues, como anota Jorge Joaquín Llambías,[95] desprovistos de esa calidad personal quedan destituidos de su dignidad para pasar a ser simples hechos del mundo animal, externos al hombre.

Más adelante, en el lenguaje de la moral cristiana de la Edad Media, el Derecho es repensado a partir de una legislación que gobierne la conducta humana. La idea de responsabilidad es entendida en la óptica de la moral, reemplazando el viejo *leitmotiv* de la justicia, convirtiéndose aquella en la piedra angular del orden jurídico.

[95] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 519.

Resulta indiscutible que el Derecho ha sido incluido o comprendido como una prolongación de la moral, de ahí que el iusnaturalismo se funda sobre preceptos de moralidad. La regla de origen cristiano-estoico que reza que cada uno debe sostener sus promesas, sirve de axioma al Derecho de los Contratos. Sin embargo, existe otra regla que los autores apuntan como una de las más utilizadas entre los profesores de moral del siglo XVII: cada uno de nosotros estaría obligado, si ha causado daños a su prójimo, a restituir, a poner las cosas en el estado anterior, a reparar los daños cometidos por su culpa.[96]

Por otro lado, la nota distintiva en el recuento histórico de la responsabilidad civil está dada por la obra de Grocio, el fundador de la

[96] Al respecto, en torno al uso lingüístico del término «responsabilidad», Villey señala que se trata de un vocablo híbrido, siendo su significado más expandido aquel que proviene de la moral individualista moderna (en nuestra cultura —sostiene— la moral tiene mayor espacio que en el Derecho Romano).
Apunta que si se estima oportuno hablar un lenguaje coherente, le parece que el antiguo sentido conviene más a las necesidades específicas del Derecho antes que el uso que le dieron los moralistas. La moral no tiene por qué decir todo. Ella encierra en sus conceptos, a través de los actos de la vida cotidiana, solo un aspecto unilateral. Ella no considera sino la conducta del individuo, se concentra sobre sus intenciones subjetivas. En tanto, al jurista conviene una aprehensión más amplia del fenómeno, apuntando a captar relaciones entre la pluralidad de sujetos: el autor de un delito, la víctima y la sociedad circundante. Las palabras del derecho tienen por función expresar esas visiones de conjunto.
El sentido del término «responsable» que los modernos han ido a tomar del discurso de la teología, o de la filosofía moral, tiene en la ciencia del Derecho el rol de una pieza intrigante, embarazosa y perturbadora. Ha orientado a los juristas hacia soluciones insostenibles, obligándolos, seguidamente, para salvar las buenas soluciones, a multiplicar las ficciones (llamar culpa a aquello que no lo es) y a perderse en un laberinto de discusiones interminables en torno a un vocablo equívoco.
Si hubieran conservado el antiguo significado propiamente jurídico del término, finaliza Villey, los juristas habrían evitado una buena parte de esas ficciones y controversias. Al menos habrían ganado tiempo. He allí aquello que aporta la historia de la Filosofía del Derecho. A decir verdad, es poco: ya que las oportunidades no son suficientes como para que alguien llegue a cambiar el lenguaje de su época (Villey, Michel. *Op. cit.*, p. 17).

Escuela moderna del Derecho Natural, quien en su *Tratado del Derecho de la Guerra y de la Paz*, prescribe que cada uno debe «reparar el daño cometido por su falta».

Esta misma regla luego pasaría al *Code* Napoléon en su artículo 1382, el mismo que señala: «Todo hecho cualquiera del hombre, que causa a otro un daño, obliga a quien por cuya culpa ha ocurrido, a *repararlo*» (El énfasis es nuestro).

Se aprecia que en el antiguo Derecho Francés la responsabilidad estaba ligada a la noción de culpa: por un lado, no hay responsabilidad sin culpa, pero al propio tiempo cualquier acto de culpa —por mínima que sea— obliga a reparar el daño que con él se causare.

Al respecto, Domat[97] —jurisconsulto del antiguo Derecho Francés—, luego de distinguir tres clases de culpa (la que se manifiesta en un crimen o en un delito, la que se comete en el cumplimiento de los contratos y la que no se relaciona con las convenciones ni con los delitos o crímenes, como si por ligereza se arroja cosa por una ventana que estropea un traje; si animales mal cuidados hacen algún daño; si se causa un incendio por una imprudencia; si un edificio que amenaza ruina y no es reparado, cae sobre otro y produce daño), afirma rotundamente: «Si sobreviniese algún daño consecuencia imprevista de un hecho inocente, sin que se le pueda imputar culpa al autor de ese hecho, él no resultará obligado por esa derivación. Pues ese acontecimiento tendrá cualquier otra causa junto a tal hecho, sea la imprudencia de quien haya sufrido el daño, o algún caso fortuito. Y es a esa imprudencia o a ese caso fortuito que el daño debe ser imputado».

[97] Citado por Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*. Cuarta Edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1983, tomo I, p. 521.

Todos los autores del Derecho antiguo admiten, por lo demás, sin siquiera sospechar la posibilidad de una discusión, que no hay responsabilidad sin culpa. Y en el Repertorio de Guyot se puede leer: «Para que un hombre pueda ser responsable del mal del cual ha sido la causa es preciso que haya una culpa en su acción».

El propio Domat dice que todas las pérdidas y los daños que pueden ocurrir por el hecho de alguna persona, sea por imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que se debía saber, u otras culpas semejantes, por leves que puedan ser, deben ser reparados por aquel cuya imprudencia u otra falta los ha originado, pues es un error que él ha hecho aunque no tuviera intención de perjudicar. Así, quien jugando imprudentemente al *croquet* o *mail*, en un lugar donde podía haber peligro para los transeúntes, hiere a alguno, estará obligado por el mal que él ha causado.

También se enseña que igual evolución, aunque más tardía, experimentaron el antiguo Derecho germánico[98] y el *common law*.[99]

[98] Según Horvath, en el antiguo Derecho Alemán se emplearon originariamente dos tipos de sanciones penales y civiles a la vez: la venganza de sangre o Bultrache (consistente en una reacción directa de los familiares del damnificado contra el actor), y la negación de la paz o Friedlosigkeit (persecución y exilio). Con el tiempo fueron reemplazados por el sistema de la «composición», que consistía en el pago de una suma de dinero. Este pago podía ser de tres clases: el Wergeld, que tenía carácter de indemnización de daños y perjuicios; el Buse, que también se pagaba al damnificado o a sus parientes, pero en calidad de pena; y el Friedegeld, que se pagaba como pena a la comunidad. En todos estos casos la responsabilidad era predominantemente objetiva, pues lo que más interesaba no era la intención del actor sino las características del hecho y las de la víctima.
En los comienzos de ese antiguo Derecho germánico —ley sálica, ley sajona, ley frisona, edicto Rotario— el concepto jurídico de culpa no solo era ignorado, sino también toda proporción entre la ofensa y la indemnización, confundiéndose así las diversas especies de actos ilícitos. El responsable era tenido por tal en virtud del poder que ejercía sobre sus bienes, sobre su persona y sobre la persona de sus dependientes, sin que el elemento subjetivo desempeñara un papel de importancia. Más tarde, la influencia del Derecho romano, posterior a la ley Aquilia, se hizo sentir notablemente en todo el centro europeo, invir-

La doctrina del siglo XIX elaboró la teoría de la responsabilidad civil, fundamentándola sobre el principio del artículo 1382 del Código Civil Francés. Este es el sésamo que abriría todas las puertas y bajo el cual, muchos autores, proponen colocar todas las soluciones.[100]

Por otro lado y en lo que respecta al Perú, la materia de la responsabilidad ha estado presente desde nuestros primeros cuerpos sustantivos, vale decir, los Códigos Civiles de 1836[101] y 1852;[102] pero atendiendo al

tiendo el criterio apreciativo de ciertos hechos *contra ius* y colocándolos en una categoría hasta entonces desconocida. Paulatinamente se fueron diferenciando los elementos primordiales que calificaban a los actos dañosos, comprendiéndose que no siempre la lesión producida, podía traer aparejada la obligación de indemnizar, y que no siempre, tampoco, el resarcimiento podía ser análogo, equivalente o sustitutivo de las penalidades propiamente dichas (Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, pp. 521 y 522).

99 El Derecho consuetudinario inglés o *common law*, adquirió cuerpo y entidad propia a partir del reinado de Enrique II, quien en el siglo XII organizó los primeros tribunales de justicia permanente y les prescribió el deber de ajustar sus decisiones a sus propios precedentes. Acerca de la materia, el *common law* sustentó un régimen de responsabilidad objetiva, pues los tribunales se preocupaban primordialmente de mantener la paz en la sociedad, proveyendo un remedio sustitutivo de la venganza privada. La cuestión se analizaba desde el punto de vista del damnificado, a quien no importaba la intención sino únicamente la reparación del perjuicio. Este enfoque se mantuvo inalterable hasta fines del siglo XVII. A partir del siglo XVIII surgió una fuerte tendencia hacia el examen de la actitud subjetiva del actor y de la inmoralidad de su conducta. Así, en 1707 una ley del Parlamento derogó expresamente el sistema hasta entonces vigente de responsabilidad objetiva por daños derivados de incendios y estableció el requisito de la culpabilidad del titular de la edificación donde se originó el incendio. Pero la responsabilidad por los daños causados por animales continuó siempre siendo objetiva. La corriente subjetivista fue la predominante en el siglo XIX (Wendell Holmes, Oliver. Citado por Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 522).

100 A decir de Michel Villey (Villey, Michel. *Op. cit.*, p. 15), esta materia denominada «Teoría General de la Responsabilidad Civil», está íntegramente bajo la égida de la responsabilidad moral, pero —sobre todo— es un producto académico, un producto de la licencia del espíritu sistemático, un andamio hecho sobre el modelo de las «construcciones» de la escuela histórica alemana y que experimenta los efectos de la influencia de la filosofía kantiana.

101 Sabido es que los primeros cuerpos sustantivos que regularon las relaciones jurídicas entre los ciudadanos residentes en el Perú, fueron los denominados Códigos de la Confederación Perú-Boliviana o Códigos de Santa Cruz, de 1836. Sin embargo, un año antes de su entrada en vigencia, Manuel Lorenzo de Vidaurre presentó la segunda parte de su

Proyecto de Código Civil Peruano, referido al Dominio y a los Contratos, el mismo que estaba dividido en 23 Títulos y estos en artículos. Es en el artículo 18 del Título 8 De Las Obligaciones, donde se puede apreciar el término «responsabilidad», a saber: Artículo 18: «El que se obliga por el hecho ajeno no tendrá otra obligación, que á practicar todas las diligencias activas, que conduzcan á que se efectúe lo prometido, á no ser que del tenor de la obligación, resulte otra *responsabilidad*» (El énfasis es nuestro).

Sobre el particular, el propio Manuel Lorenzo de Vidaurre (De Vidaurre, Manuel Lorenzo. *Proyecto de Código Civil para el Perú*. Segunda parte. Lima: Imprenta del Constitucional por Justo León, 1836, p. 137), señala lo siguiente: «Los civilistas están conformes, en que practicando, el que se obliga por el hecho ajeno cuanto no está de su parte, para que se realice, si esto no se logra, no queda en él ninguna responsabilidad, salvo que se sujetase a alguna pena, ó que quisieren sustituirse en el hecho, si el otro no lo cumplía. Los canonistas dicen, que por la equidad de su derecho, queda obligado el que prometió, como si desde el principio hubiese ofrecido hacer la cosa por si mismo. Presentan los argumentos de varios capítulos. Entre ellos el Eleuterius en la distinción 91 que costaría mucho trabajo para hallarle la más distante analogía con el asunto á que se quiere aplicar. El que se obliga por el hecho ajeno no tendrá otra obligación, que practicar todas las diligencias activas para que se efectúe la promesa —á no ser que del tenor de la obligación resulte otra responsabilidad—. Sobre si se puede prometer que se dará la cosa ajena, corresponde al título de donaciones. Anticipo solamente el principio: *quod nostrum est sine ipso nostro ad alium transferi non possit*».

Por lo demás, de la lectura y revisión al citado cuerpo legislativo, no se divisa referencia alguna a la culpa, ni aun en el tema del Mandato (Título 15).

El Código Civil de 1836, por su parte, trataba la materia en sus artículos 730 a 903. Así, por ejemplo, el artículo 742 disponía: «Es responsable el deudor a los intereses y daños, cuando ha sido moroso en cumplir con su obligación, a no ser que la cosa que se hubiese obligado a dar o hacer, no pueda darse o hacerse, sino en un cierto tiempo, que ha dejado pasar»; y el artículo 743 establecía: «El obligado, aun cuando no haya mala fe de su parte, será condenado al pago de intereses y daños, ya sea que resulten de omisión, o ya de tardanza en el cumplimiento de la obligación, siempre que no justifique que la falta proviene de una causa extraña, que no puede imputársele».

102 En el Código Civil de 1852, ya se aprecia el tema de la responsabilidad ligada a la culpa. Prueba de ello son los artículos 1263 y 1265 a 1272 de ese cuerpo legal, los mismos que a la letra dicen:

Artículo 1263.- «Desde el día en que debe entregarse una cosa, corre de cuenta del que debe recibirla, aunque no se haya entregado; pero si la persona obligada á darla, ha incurrido en mora, es de su responsabilidad, el detrimento que sufra la cosa».

Artículo 1265.- «El que celebra un contrato, no solo está obligado á cumplirlo, sino también á resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución ó contravención, por culpa ó dolo de la parte obligada».

Artículo 1266.- «La culpa consiste en una acción ú omisión perjudicial á otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia; pero sin propósito de dañar».

antecedente más reciente, es decir al Código Civil de 1936,[103] el tema que ahora nos ocupa integraba el Título IX de la Sección Tercera del

Artículo 1267.- «La culpa es lata, leve ó levísima: lata es la que consiste en la omisión de aquellas precauciones ó diligencias que están al alcance de los hombres menos cautos ó avisados; leve, la omisión de las que un padre de familia toma ordinariamente en sus negocios; y levísima, la omisión de aquellos cuidados que solo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes».
Artículo 1268.- «La culpa no se presume y debe ser probada».
Artículo 1269.- «Los contratantes están obligados á evitar el dolo y la culpa lata, en todos los contratos, y á responder por sus consecuencias».
Artículo 1270.- «Se presta la culpa leve, en los contratos en que la utilidad es recíproca entre las partes».
Artículo 1271.- «La culpa levísima se presta, por el que reporta la utilidad de los contratos unilaterales.
El que sufre el gravamen ó tiene la obligación, responde solamente por la culpa lata».
Artículo 1272.- «Se entiende por daños, los menoscabos sufridos, y las ganancias que se han dejado de obtener».
Asimismo, también debemos hacer referencia a los artículos 2189 a 2211, relativos a las obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos. La distinción establecida por la ley entre una y otra figura, se basa en que los delitos son los hechos practicados intencionalmente contra la ley, mientras que los cuasidelitos son los hechos ilícitos cometidos solo por culpa y sin dolo.

[103] Mucho antes de la dación del Código Civil de 1936, y estando vigente el de 1852, la Comisión Oficial conformada por los Doctores Juan Luna, Simón Gregorio Paredes, José Jorge Loayza, Manuel Santos Pasapera y Francisco Mariano Fernández, el año 1890 presentó un Proyecto de Código Civil dividido en una Sección Preliminar, tres Libros (De las Personas, De las Cosas y De las Obligaciones, respectivamente), cada uno de estos —a su vez— dividido en secciones y artículos (3120 en total).
En este cuerpo normativo, el tema de la responsabilidad estaba regulado en seis preceptos que formaban parte de los principios generales que rigen las obligaciones (artículos 1436 a 1441). Las referidas normas disponían lo siguiente:
Artículo 1436.- «El deudor es responsable de los daños y perjuicios que causa al acreedor por su morosidad en el cumplimiento de la obligación».
Artículo 1437.- «Incurren en mora el que no entrega la cosa debida, después que se le exige y el que no la entrega el día señalado, caso de haberse convenido en que la entregara sin necesidad de pedírsela».
Artículo 1438.- «En las obligaciones recíprocas no incurre en mora uno de los obligados, si el otro no cumple la obligación que le respecta».
Artículo 1439.- «El deudor no es responsable de los daños y perjuicios que reciba el

Libro Quinto – Del Derecho de Obligaciones (artículos 1318 a 1327).[104]

acreedor por no cumplir la obligación, cuando la falta de cumplimiento proviene de caso fortuito ó fuerza mayor; á no ser que aquel haya tomado á su cargo las consecuencias de éstos acontecimientos, ó que hayan ocurrido por su culpa, ó cuando ya había incurrido en mora, no motivada también por caso fortuito o fuerza mayor».
Artículo 1440.- «Los que contraen obligaciones convencionales deben no sólo cumplirlas, sino también resarcir los daños y perjuicios que resulten directamente de la inejecución de ellas, ó de su contravención por dolo ó culpa».
Artículo 1441.- «Ni la culpa ni el dolo se presumen; deben ser probados por el que los alega en su favor».

[104] El texto de las citadas normas era el siguiente:
Artículo 1318.- «La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor».
Artículo 1319.- «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación».
Artículo 1320.- «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquel que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniere a ellas».
Artículo 1321.- «La responsabilidad procedente del dolo y de la culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción es nula».
Artículo 1322.- «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».
Artículo 1323.- «Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato».
Artículo 1324.- «En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios».
Artículo 1325.- «El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de cinco por ciento al año».
Artículo 1326.- «El obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito o fuerza mayor, está en el deber de probar su inculpabilidad».
Artículo 1327.- «El deudor que se libere de responsabilidad por la pérdida o destruc-

Fueron múltiples los debates preliminares a la dación del Código Civil de 1936, y no menos famosas las sesiones de la Comisión encargada de Reformar el Código Civil de 1852, varias veces referidas o citadas a lo largo de este tratado.

Respecto a la imposibilidad del pago, resulta necesario recordar la sesión del 19 de mayo de 1926, en la que el Doctor Manuel Augusto Olaechea puso énfasis en que la materia se vinculaba estrechamente con la culpa, el caso fortuito y los daños y perjuicios. Sostuvo que el Código vigente —refiriéndose al Código Civil de 1852— había adoptado el sistema romano de la graduabilidad de la culpa, admitiendo tres clases de ella: *lata*, que era la falta de diligencia que hasta el hombre menos previsor no deja de tener en sus negocios; *leve*, la falta de diligencia de un padre de familia normal u ordinario; y *levísima*, que es aquella que tendría un prudentísimo padre de familia.

Según Olaechea esta división tripartita estaba destinada resueltamente, en materia de culpa contractual, a poner en manos del juez la determinación de la responsabilidad, conforme a las circunstancias, siguiendo a este respecto la orientación jurídica de su tiempo. Además, agregaba que el Anteproyecto atendía a la naturaleza de las obligaciones, por estar relacionada la culpa con la índole de aquellas y a las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas.

El Anteproyecto, a decir de Olaechea, respetaba la voluntad de las partes interesadas en la obligación y, por tanto, si ellas fijaban de antemano su responsabilidad, era de rigurosa aplicación el pacto celebrado en tal sentido; solución legal que se derivaba implícitamente de la prohibición impuesta al tratarse de dolo.

ción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella».
Por otro lado, el tema de la responsabilidad civil delictual, estaba regulado como «actos ilícitos», en los artículos 1136 a 1149. A diferencia del Código Civil de 1852, la norma de 1936 establecía que cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo.

Afirmaba el insigne jurista que el derecho científico y la legislación comparada habían fijado claramente el concepto de daño resarcible, distinguiendo entre el incumplimiento derivado del dolo y el incumplimiento originado por otras causas diversas. El Anteproyecto seguía esta misma dirección. Cuando el incumplimiento se derivaba del dolo del deudor, respondía este de todos los daños que eran consecuencia directa y necesaria de la inejecución o contravención, y cuando el incumplimiento no se derivaba del dolo, sino de la culpa o de la mora, el deudor debía resarcir únicamente los daños previstos o que hubieran podido preverse al tiempo de la celebración del contrato. En este caso la responsabilidad del deudor era menos intensa.

Así, la obligación del resarcimiento presupone no solo el incumplimiento imputable al deudor, sino la existencia efectiva del daño; y, desde este punto de vista, la prueba del daño y de su extensión incumbe al acreedor.

Como es lógico, agregaba Olaechea, la ley establece la responsabilidad de los daños y perjuicios tanto en los casos de dolo, culpa, o simple retardo en el cumplimiento de las obligaciones, como en el de contravención; y, como enseña el profesor Sánchez Román, el concepto de la contravención puede ser total o referirse solo al cumplimiento indebido, deficiente o simplemente defectuoso.

Concluía Olaechea señalando que su Anteproyecto salvaba la deplorable confusión en que incurrió el artículo 1265 del Código Civil de 1852, al haber asimilado los efectos de la responsabilidad del deudor en los casos de inejecución o contravención por culpa o dolo de la parte obligada, equiparando las consecuencias en ambos extremos.

Consideramos conveniente, por lo demás, recordar el contenido de otras dos importantes sesiones de la Comisión Reformadora del

Código de 1852, las mismas que nos permiten apreciar la concepción sobre la materia y el por qué de la regulación en los términos del Código de 1936 que, obviamente, sirvió de fuente directa para el actual cuerpo sustantivo de 1984.

La primera de dichas sesiones es la del 24 de noviembre de 1926, referente al principio objetivo derivado de la reparación de los riesgos. En el Memorándum leído por el Doctor Manuel Augusto Olaechea en torno al tema, destacaba lo siguiente:

> La noción eminentemente moral de la falta es hoy la única medida legal de la responsabilidad civil delictual en el Perú. Y bien, yo estimo que esta medida jurídica es de suyo suficiente para resolver una multitud de cuestiones que la vida moderna suscita. El fecundo sentimiento de la solidaridad social, que aflora en todos los pueblos cultos, aconseja admitir, como fuente de responsabilidad civil, al lado de la noción pura de la falta, el principio objetivo derivado de la repartición de los riesgos.
> Según la doctrina tradicional, la responsabilidad civil delictual implica el concurso de una doble circunstancia: 1°. Una relación de causalidad necesaria entre la persona responsable y el hecho obrado, productor del daño; 2°. Una falta del agente que sea un acto ilícito o contrario al derecho, verificado por culpa o negligencia.
> Es evidentemente conforme a la justicia que todo el que ha creado un riesgo responda de sus efectos con independencia absoluta del factor psicológico; y desde el punto de vista del derecho científico, la noción del riesgo tiende a asociarse a la idea romanista de la falta. Puede decirse que esta amplificación doctrinal constituye una nota característica de la civilización actual, que la legislación ha consagrado en algunos casos y que la jurisprudencia de los tribunales reitera con su elevada autoridad.
> El principio del riesgo anima, en efecto, la legislación universal sobre accidentes del trabajo, y sólo este principio jurídico puede explicar satisfactoriamente la responsabilidad del agente en una multitud indefinida de casos.
> Puedo citar, por vía de ejemplo, los siguientes: La responsabilidad que incumbe a una compañía ferroviaria por el incendio que causan sus locomotoras, la responsabilidad del conductor de automóviles por los daños que irroga [...].
> La misma responsabilidad que nuestro vetusto Código Civil atribuye a los maestros, a los patrones, a los comitentes y porteadores, y en general la que proviene de los hechos por el artículo 2198 de esa compilación, no se deriva, rigurosamente hablando, de la noción de la falta, y su más sólido fundamento puede hallarse en el concepto objetivo de la repartición de riesgos dimanantes de la idea de empresa.
> El concepto tradicional de la falta como fuente de responsabilidad, resulta transformado también en lo que atañe a la responsabilidad de las personas inconscientes. Códigos tan progresivos y justamente celebrados como los de Suiza y Alemania acuerdan una indemnización a la víctima del daño causado por un enajenado, salvo el caso en que con ella quedase el loco reducido a la mendicidad.
> El principio de la responsabilidad causal no se concilia con el estado actual de la civilización, porque no ofrece siempre soluciones incontestablemente equitativas y mantener el principio en toda su amplitud histórica, equivale a romper el equilibrio de los deberes sociales. Cuando un hecho causa a otro un perjuicio, alguien debe soportar sus consecuencias, siendo evidente que debe soportarlas el autor y no la víctima. La solución contraria viola la justicia.
> La gravedad que asume el tema de que trato me mueve a invitar a mis honorables colegas de Comisión a sostener un cambio preliminar de ideas, antes de dar forma concreta al Anteproyecto relativo a los actos ilícitos.

Hasta aquí las expresiones del Doctor Olaechea.

La segunda sesión que creemos provechoso citar, data del 11 de febrero de 1927, y se refiere a la responsabilidad de los actos ilícitos. En ella, mediante Memorándum del Doctor Alfredo Solf y Muro, quedó sentado que aun cuando el Código Civil de 1852 no incluía el concepto de la falta para imponer la indemnización del daño, el pensamiento del artículo 2191 no había sido el de la responsabilidad objetiva, tanto por la época en que se dictó el Código y las fuentes que

lo inspiraron, cuanto porque dicho artículo está precedido del que define los actos ilícitos en el sentido de que son los cometidos por culpa (artículo 2190 del Código Civil de 1852) y, además, está comprendido en el título que tiene por lema «obligaciones que nacen de delitos y cuasidelitos».

No obstante esto, afirmaba Solf y Muro que resultaba posible mantener el articulado del Código de 1852, aun cuando cambiara el espíritu que lo informó, y tal era el procedimiento de técnica que seguía el señor Olaechea en su Anteproyecto sobre la materia; pero como dentro del concepto de la responsabilidad no calificada, la regla legal podría tener una extensión que haría imposible el ejercicio del derecho, dejando este de ofrecer utilidad para su titular, el Anteproyecto no aceptaba el precepto que enunciaba en el artículo 1 y que era la reproducción del numeral 2191 del Código Civil de 1852, sino con la doble excepción contenida en el artículo 2, o sea la de que no constituyen actos ilícitos, es decir, actos que originan la obligación de indemnizar, ni los practicados en legítima defensa ni los practicados en el ejercicio regular de un derecho reconocido.

Esta última salvedad —continúa Solf y Muro— importa decir que solo hay lugar a la indemnización de los daños causados por los hechos del hombre cuando el derecho no se ha ejercicio en su forma regular o, en otros términos, que el ejercicio normal del derecho no acarrea responsabilidad, aun cuando ocasione perjuicio.

Según Solf y Muro, la determinación de esta zona inmune en que puede moverse el hombre impunemente, es de gran importancia en la práctica para dar una guía a quien quiera conducirse en la vida con certera seguridad; pero no es posible dar *a priori* una solución a este problema. La materia está ligada a la teoría del abuso del derecho, la misma que se apreciaba en el Memorándum presentado por el señor Juan José Calle.

La teoría del abuso del derecho —añadía Solf y Muro—, a pesar de no estar definida con precisión en los autores que la acogen, se mueve dentro de plano distinto a la del riesgo creado. Esta última no da nacimiento sino a la reparación pecuniaria en vista del daño ocurrido por el acto ejecutado, y por tanto ella no estorba el ejercicio de la actividad del hombre sino que lo juzga *a posteriori*. En cambio, la teoría del abuso del derecho procura preferentemente la reparación *in natura*, es decir la supresión o prohibición del acto a fin de que cesen sus efectos dañinos.

Además, ya sea que se admita como teoría del abuso del derecho la del ejercicio del derecho con el propósito exclusivo de dañar, o sea sin ninguna utilidad económica para el agente, o la del ejercicio del derecho en forma anormal o irregular, causante del daño, en ambos aspectos el problema es esencialmente jurídico, pero viciado por ser inmoral o antisocial, por lo que —a decir de Solf y Muro— la teoría del abuso del derecho no lleva a la responsabilidad objetiva por el daño, como la del riesgo creado.

Solf y Muro sostiene que la teoría del riesgo creado, que tiene su aplicación más acabada en el riesgo profesional, y que se manifiesta también en los llamados riesgos de empresa, riesgo de la propiedad, riesgo de las cosas inanimadas, riesgo del patrimonio, etc., si se generaliza convirtiéndose en lo que podría llamarse riesgo de la actividad, degeneraría en un principio inocuo, pues siendo todo accidente o hecho dañoso resultado del choque de dos actividades, si el agente debe correr el riesgo inseparable de su obra, también la víctima debe correr el riesgo inseparable de la suya y sufrir las consecuencias del azar.

En suma, Solf y Muro concluye adhiriéndose al Proyecto del Doctor Olaechea, y solo sugirió efectuar adiciones en estos sentidos: 1° que la indemnización por el acto dañoso, resultado del ejercicio irregular o anormal del derecho, solo debía tener lugar cuando quien sufre el daño está obrando dentro del ejercicio normal de su derecho,

regla que vendría a reemplazar la de la falta inexcusable de la víctima en el régimen vigente desde 1852; 2° que la excepción de la legítima defensa solo excusa los actos contra el agresor, dejando al agente de la defensa legítima obligado frente al tercero a quien causa el daño conforme al concepto general; 3° que se declare que la responsabilidad por el riesgo creado tendrá aplicación en los casos contemplados en las leyes sobre riesgo profesional, y en las que establecen el riesgo de empresa u otros de la misma índole, pues de otra manera ni la indemnización por los accidentes industriales ni por los daños que la industria minera ocasiona a la propiedad del suelo o de las personas ajenas a la industria, quedaría amparada por el concepto legislado.

Hasta aquí nuestras referencias a las apreciaciones del Doctor Alfredo Solf y Muro.

La construcción teórica del tema de la responsabilidad en el proceso de formación del Código de 1936, toma a la culpa como «uno de los factores» de los cuales se compone el Derecho (indemnizatorio), pues también entran en juego los derechos o intereses de la víctima.

Para concluir, debemos anotar que la responsabilidad constituye pieza fundamental de las relaciones humanas, y sirve para restablecer la estricta equidad (patrimonial), especialmente en las manifestaciones negativas de dichas relaciones. Si no hubiese responsabilidad, la convivencia retrocedería a los tiempos del salvajismo, a la venganza tomada por mano propia, y representaría un rostro frío e indiferente ante culpas gravísimas y extremas injusticias.

9. Responsabilidad civil y responsabilidad penal

En el origen de las civilizaciones, se confundieron la responsabilidad civil y la penal. La única sanción ante un hecho perjudicial era la venganza de la víctima con respecto al causante del daño.

Luego se puso en práctica la compensación o resarcimiento pecuniario: «el autor del hecho perjudicial rescata el derecho de venganza y excluye su ejercicio, mediante una suma de dinero».[105]

Más tarde, el Estado impone este rescate y la reparación pecuniaria —de voluntaria que era— se convierte en legal.

Sin embargo, todavía en esta etapa evolutiva, la confusión entre la responsabilidad civil y la penal es absoluta, lo que, a decir de Marty,[106] se manifestaba desde dos puntos de vista:

(a) La acción nacida del delito pertenece a la víctima, y no al Estado.

(b) En esta acción (de rescate de la venganza por el desagravio pecuniario), se hallan confundidas la acción penal, destinada a la represión, y la civil, cuyo fin es la reparación.

Anota la doctrina que la plena diferenciación entre ambas acciones comienza a aparecer cuando el Estado, considerando que algunos hechos son particularmente graves, los castiga con penas corporales o pecuniarias en su provecho.

A este respecto, el Derecho Romano se muestra como la fuente legislativa y doctrinal de transición. En efecto, se sabe que en él existían dos categorías de delitos: a) los delitos públicos, sancionados con penas corporales o pecuniarias en provecho del Estado; y b) los delitos privados, sancionados mediante una acción pecuniaria en provecho de los particulares.[107]

---

[105] Marty, G. *Op. cit.*, vol. I, p. 267.

[106] *Ibidem*, pp. 267 y 268.

[107] A decir de Marty, esta acción continúa siendo penal, y ni siquiera llega a ser una acción de reparación: constituye una pena privada en provecho del particular, y que no se mide según el perjuicio (Marty, G. *Op. cit.*, vol. I, p. 268).

Sabido es que los términos «delito» e «ilícito», no pertenecen únicamente al ámbito penal; son usados indistintamente en el Derecho Civil y en el Derecho Penal. Pero, ¿qué relación existe entre la noción del delito civil y la del delito penal?, ¿cuál es la distinción entre la responsabilidad civil y la penal?

El principio de independencia de la acción civil y de la acción penal, emergentes de un hecho ilícito, radicaría en que la indemnización de un daño causado por un delito, puede ser demandada por acción civil independiente de la acción penal o criminal.

De ahí que, por ejemplo, el Código Penal Peruano precisa que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, la misma que comprende: a) la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y b) la indemnización de daños y perjuicios (artículos 92 y 93).

Asimismo, el citado cuerpo legal dispone que la acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal y que la consecuencia accesoria de la reparación se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil (artículos 100 y 101).

Por lo demás, estos preceptos resultan lógicos, por cuanto mediante dichas acciones una persigue que se castigue al delincuente, en tanto que la otra procura obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados: «una se apoya en razones de interés social y la otra en motivos de interés particular».[108]

Son múltiples los argumentos doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales que nos permiten apreciar las distinciones entre ambas accio-

[108] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense, 1986, p. 927.

nes. Así, por ejemplo, Eduardo Martínez Álvarez[109] señala que mientras la acción penal procura satisfacer el interés de la sociedad (interés público) a través de la imposición de una pena (pretensión punitiva) a quien comete un delito, la acción civil es el derecho que asiste a la víctima (interés privado) a fin de ser indemnizada por el daño causado por el delito (pretensión resarcitoria).

Al respecto, el Tribunal Supremo de España, mediante sentencia del 13 de octubre de 1965,[110] resolvió lo siguiente:

> La responsabilidad penal derivada de la imprudencia punible y la de orden civil nacida de culpa o negligencia, aunque se originan en hechos que tienen muchas circunstancias comunes, se diferencian fundamentalmente en que la primera se caracteriza por concurrir en ella la tipicidad y punibilidad, que no existen en la culpa o negligencia a que se refiere la legislación civil, de lo que es lógica consecuencia que se rijan por preceptos diferentes y estén sometidas a jurisdicciones distintas e independientes en su actuación.

El artículo 1096 del Código Civil Argentino también sienta la independencia de la acción penal y la acción civil cuando dispone que: «La indemnización del daño causado por delito sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal».

Por su parte, Gilberto Martínez Rave[111] sostiene que desde el punto de vista jurídico, no admite la menor discusión que el delito

[109] Martínez Álvarez, Eduardo Mario. «Acción Civil en el Proceso Penal». En *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, p. 218.

[110] *Revista de Derecho Español y Americano*. Año X, II Época, Madrid, octubre-diciembre de 1965, p. 278.

[111] Martínez Rave, Gilberto. «La indemnización de los daños causados con el delito». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 49, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1980, p. 94.

—como hecho típico, antijurídico y culpable— es fuente de obligaciones. No solo porque así expresamente lo contempla el artículo 1494 del Código Civil (se refiere al cuerpo sustantivo colombiano), sino porque en forma clara y determinante lo indica el artículo 103 del Código Penal.[112] Consecuencia lógica y jurídica de la declaración judicial de la comisión de un delito es la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que con él se ocasionaron.

La doctrina consultada pone énfasis en la difícil diferenciación entre los delitos civiles y penales desde una perspectiva filosófico-jurídica; pero, desde un aspecto predominantemente pragmático y legal, la distinción no resulta sumamente complicada.

Autores como Zannoni, Belluscio, Estuguy y Moisset de Espanés,[113] afirman, por ejemplo, que aunque las normas sustantivas consagran la independencia entre la acción resarcitoria civil por daños y la acción penal, ello no implica la necesaria independencia procesal entre ambas. Sostienen que cuando el juez penal entiende de una acción civil resarcitoria acumulada a la acción penal, tiene por imperio de las normas procesales idéntica competencia por razón de la materia que el juez civil en cuanto a aquella. De modo que aun cuando absolviere al imputado debe pronunciarse respecto de la acción civil y deberá condenar, en su caso, de acuerdo con los principios que rigen la responsabilidad civil.

---

[112] Las citadas normas colombianas prescriben lo siguiente:
Artículo 1494 del Código Civil.- «Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia».
Artículo 103 del Código Penal.- «El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan».

[113] Citados por MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Eduardo Mario. *Op. cit.*, p. 218.

Podría decirse, entonces, que entre una y otra existen rasgos distintivos de dependencia y accesoriedad.

Sobre el particular, Gilberto Martínez Rave[114] expresa que es importante dejar en claro que el hecho punible o delito, como también se le llama, puede quedar incluido dentro del término genérico que la doctrina civil conoce como hecho dañoso que origina responsabilidad civil. El hecho dañoso, como generador de obligaciones, es un término genérico, y el hecho punible es un término específico que va incluido en el otro. Por lo tanto, todo hecho dañoso (que incluye el punible o no punible) origina responsabilidad. En cambio no todos los hechos punibles son hechos dañosos y por lo tanto no siempre originan responsabilidad civil.

Para entender la diferenciación dada por Martínez Rave, deben precisarse las figuras de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil.

La doctrina es unánime al establecer que la responsabilidad penal (que se ha calificado como la obligación de asumir las consecuencias penales provenientes de la comisión de un hecho punible o delito), surge cuando en el caso concreto se dan la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad de una acción antijurídica (la adecuación de esta a la descripción formulada en la ley: la tipicidad).

En cambio, la responsabilidad civil es la obligación que se tiene de asumir las consecuencias patrimoniales que se derivan de la comisión de un hecho dañoso, que puede ser o no punible o delito. Y por eso, a decir del propio Martínez Rave, no todo hecho punible o delito genera responsabilidad civil, pues es necesario que ese hecho haya originado u ocasionado agravios patrimoniales a alguna persona.

---

[114] MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Op. cit.*, pp. 94-96.

No basta, como dice Martínez Rave, que se haya ocasionado aquello que se ha venido en llamar daño público, al desconocer con la comisión de un delito las normas generales de convivencia, sino que es necesario igualmente que se dé el llamado daño privado, que afecta concreta y específicamente un derecho o patrimonio ajeno.

Según apunta Juan José Casiello,[115] cuando se enfrentan comparativamente las respectivas naturalezas de los ilícitos civil y penal, se advierte que, entre otras notas, el ilícito penal requiere la tipicidad, mientras que el ilícito civil se caracteriza por su atipicidad. Para incriminar penalmente a un sujeto es preciso que el imputado haya seguido una conducta coincidente, estrictamente, con la descrita en un supuesto, «figura» o norma de la ley penal. Mientras que los jueces civiles, para resolver, liderados de la «armadura» de la atipicidad, pueden valerse de la analogía y de los principios generales del Derecho.

La diferencia es neta —continúa Casiello—. Por un lado, en el ámbito de la tipicidad penal, no hay más acciones humanas punibles que las que se superponen exactamente (casi de manera fotográfica) con los «tipos» legales escritos. Por el otro, en el reino de la atipicidad, rigen las denominadas «cláusulas generales» abiertas, imagen contemporánea del *alterum non laedere*, en las que cabe todo tipo de conducta que haya provocado un daño.

Son conocidas las razones que, en uno y en otro caso, determinan la disímil solución. Así, en materia penal, la exigencia de la tipicidad protege la persona del imputado, a quien no cabe atribuirle pena o sanción alguna —sobre todo sanciones aflictivas de las que se nutre el Derecho Penal— sin que exista una clara previsión legal que la esta-

[115] Casiello, Juan José. «Atipicidad del Ilícito Civil» (Reflexiones sobre el «Daño no justificado»). En *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Op. cit.*, p. 157.

blezca. A su turno, en materia de ilícitos civiles, en cambio, la persona de la víctima es la que se privilegia y a ella se procura indemnizar de todo daño injusto: por eso, el Derecho de la responsabilidad civil rechaza los módulos y las figuras estrechas, y se vale de conceptos amplios y abiertos, llamados a facilitar la reparación del entuerto.

Casiello finaliza señalando que, sin embargo, el Derecho de la responsabilidad por daños no puede «desproteger», en un equivocado correlato, a la persona del presunto responsable. También en el Derecho Civil rige el principio de legalidad y este exige fundamento y causa —que debe estar en la ley— para la condena a reparar: no sea que por conseguir el *desideratum* de la reparación de todo daño injusto caigamos en otra injusticia, desplazando las consecuencias del daño en persona del todo ajena a él.[116]

[116] Conviene, en esta parte de nuestro análisis, traer a colación las normas del Código Penal Peruano de 1991 que nos permiten apreciar los elementos tipificantes de un hecho delictivo y las bases de la punibilidad en el sistema nacional. Ellas son las siguientes:
Artículo 11.- «Delitos y faltas. Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley».
Artículo 12.- «Delito doloso y delito culposo. Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.
El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley».
Artículo 13.- «Omisión impropia. El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:
1.- Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo; y
2.- Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.
La pena del omiso podrá ser atenuada».
Artículo 14.- «Error de tipo y error de prohibición. El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.
El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena».

Se puede dar por establecido que no todo delito origina responsabilidad civil. Solo la generan aquellos que ocasionan daños materiales

Artículo 15.- «Error de comprensión culturalmente condicionado. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».
Artículo 46.- «Individualización de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:
1.- La naturaleza de la acción;
2.- Los medios empleados;
3.- La importancia de los deberes infringidos;
4.- La extensión del daño o peligro causados;
5.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6.- Los móviles y fines;
7.- La unidad o pluralidad de los agentes;
8.- La edad, educación, situación económica y medio social;
9.- La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10.- La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y
11.- Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.
El Juez debe tomar conocimiento directo del agente, y en cuanto sea posible o útil, de la víctima».
Artículo 92.- «Reparación civil. La reparación civil se determina conjuntamente con la pena».
Artículo 93.- «Contenido de la reparación civil. La reparación comprende:
1.- La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y
2.- La indemnización de los daños y perjuicios
Artículo 95.- «Reparación civil solidaria. La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados».
Artículo 96.- «Transmisión de la reparación civil a herederos. La obligación de la reparación civil fijada en la sentencia se trasmite a los herederos del responsable hasta donde alcancen los bienes de la herencia. El derecho a exigir la reparación civil se transfiere a los herederos del agraviado».
Artículo 97.- «Protección de la reparación civil. Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros».

o morales a otra persona. Como dice Martínez Rave,[117] cuando el objeto jurídico tutelado por la norma penal no es un derecho subjetivo, concreto, de un tercero, que conlleve su lesión, no habrá responsabilidad civil por ese hecho penal. Porque allí se exigirá, como en el campo civil, que el hecho para dar origen a la acción civil sea dañoso, es decir que ocasione un daño concreto y específico.

No hay responsabilidad civil proveniente de un delito —agrega Martínez Rave—, cuando este afecta por ejemplo la existencia y seguridad del Estado, algunas de las conductas previstas en el título «Contra el Régimen Constitucional» (del Código Penal Colombiano), algunas otras conductas que atentan «Contra la Administración Pública», aunque muchas de ellas sí la originan cuando el ofendido es el Estado, como sujeto titular de derechos patrimoniales, otras que atentan contra la administración de justicia, etc. De ahí que el citado profesor concluya que para que un hecho punible, delictuoso, origine responsabilidad civil, es necesario que produzca un daño concreto y específico en un patrimonio o derecho ajeno, no necesariamente económico, puesto que el daño también puede ser moral.

Por nuestra parte, debemos afirmar que si bien ello resulta discutible en doctrina, las leyes penales peruanas no efectúan tales distinciones, con las reservas que más adelante formulamos.

Al originarse un hecho punible o delito, que a su vez produzca un daño concreto y específico (un hecho dañoso), el perjudicado tiene

Artículo 99.- «Reparación civil de terceros responsables. Procede la acción civil contra los terceros cuando la sentencia dictada en la jurisdicción penal no alcanza a éstos».
Artículo 100.- «Inextinguibilidad de la acción civil. La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal».
Artículo 101.- «Aplicación supletoria del Código Civil. La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil».

[117] Martínez Rave, Gilberto. *Op. cit.*, p. 95.

derecho a una acción definida por la legislación como «acción civil». Ella faculta al perjudicado a acudir ante el Poder Judicial (el Estado) para que lo proteja y obligue al causante a asumir su responsabilidad, vale decir para que lo indemnice.

Para ello, el perjudicado puede constituirse en «parte civil» dentro de un proceso penal, o actuar bajo la jurisdicción de jueces civiles.

A modo de recuento, y antes de entrar de lleno al tratamiento de la acción civil indemnizatoria en el fuero penal, resulta necesario precisar algunos puntos:

(a) El tema de la responsabilidad tiene como sinónimos al resarcimiento del daño, a la reparación del daño y a la indemnización de perjuicios; incluyendo indistintamente al mal originado con un hecho punible y que puede afectar a un sujeto en calidad de perjudicado u ofendido.

(b) Para afrontar las dificultades que emanan de la responsabilidad, la solución legal surge tanto de normas sustantivas civiles y penales, como de normas adjetivas civiles y penales.

(c) La aparición o ejecución de una acción considerada o caracterizada como ilícita nos lleva al terreno de la responsabilidad, concepto que dentro de los diversos aspectos que abarca, plantea la concepción jurídica que consiste en la obligación que tiene una persona de reparar todo daño o perjuicio causado.

(d) La responsabilidad jurídica debe entenderse comprendida en dos grandes tipos o clases: la civil y la penal. Al respecto, Alejandro Abuter Campos[118] señala que dichas acciones están diferenciadas en cuanto a la naturaleza de la norma transgredida.

(e) La responsabilidad civil consiste, fundamentalmente, en la obligación de reparar un daño causado por un hecho ilícito. En ella no solo responde el directamente obligado por la comisión del hecho, sino también puede responder por el daño una persona distinta de aquel que ejecutó o cometió el ilícito.

De ahí que la responsabilidad civil es trasmisible. Los herederos del perjudicado reciben dentro del patrimonio hereditario el derecho a reclamar las consecuencias patrimoniales del hecho punible dañoso.

Asimismo, los herederos del responsable del hecho punible dañoso, adquieren la obligación de responder patrimonialmente por las consecuencias del acto practicado por su causante, con la restricción prevista por el artículo 661 del Código Civil, del texto siguiente:

Artículo 661.- «El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial».

Como apunta Gilberto Martínez:[119] «La acción civil es el derecho o facultad que tiene el perjudicado con un hecho dañoso (que puede ser punible o no) de solicitar al Estado obligue al responsable a asumir las consecuencias patrimoniales de ese hecho». Se encamina entonces a concretar lo que se ha llamado el «daño privado», patrimonial, que se ocasiona con el delito.

[118] ABUTER CAMPOS, Alejandro. «Aseguramiento de la responsabilidad civil del inculpado, del procesado y del tercero civilmente responsable». *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, número 186, año LVII, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, julio-diciembre de 1989, p. 79.

[119] MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Op. cit.*, p. 95.

(f) La responsabilidad penal, a su vez, surge cuando se afecta la convivencia social. Por ende, el perjuicio o daño trasciende el marco particular, traduciéndose en un ilícito con sanción punitiva.

Se trata de una acción personalísima y desaparece o termina con la muerte del procesado.

De ahí que Martínez Rave[120] define a la acción penal como la facultad que tiene el Estado para iniciar, adelantar y terminar la investigación y juzgamiento de un hecho que se presume delictuoso. Es pública, indivisible, intrasmisible y no negociable, ya que va encaminada a concretar dentro del proceso el llamado daño público.

Estas dos acciones distintas, la penal y la civil, pese a desenvolverse separadamente, tienen una misma fuente cuando se trata de hechos punibles y dañosos: el delito; situación que no descarta la posibilidad de que el perjudicado intente la acción civil proveniente del delito (del hecho punible) de modo independiente, a través de la jurisdicción civil. Ello, pues al fin y al cabo es un hecho dañoso, y esto es lo que origina la responsabilidad civil, colocando su juzgamiento bajo la jurisdicción de jueces civiles.

Ahora bien, como indicáramos, dentro del proceso penal el ofendido civilmente por el delito puede asumir el rol de actor civil, mediante expresa petición y fundamentando los motivos en que basa su acción o petición. Si son satisfechos los requisitos o presupuestos que la ley penal exige a quien pretende ser considerado como actor civil, una vez constituido por resolución del juez, ya reviste, tras ello, calidad de accionante, teniendo amplias facultades en el proceso.

[120] *Idem.*

Lo reiteramos: el requisito esencial para dar nacimiento a la responsabilidad civil es el hecho dañoso, vale decir, el perjuicio directo y patrimonial, ya sea económico, ya sea moral, que sufre una persona.

Dentro de los perjuicios a indemnizar, se considera tanto a los daños materiales como a los morales. Por perjuicios materiales se entiende a la lesión económica del perjudicado, la misma que resulta del sacrificio de derechos subjetivos. Estos, a su vez, se distinguen en daño emergente y lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento directo que sufre el perjudicado (por ejemplo, los gastos que le irrogaron los médicos, hospitales, medicinas, etc.); y el lucro cesante es entendido como la falta de productividad, de rendimiento, consecuencia del hecho dañoso (por ejemplo, los intereses en el caso de los delitos contra el patrimonio, las incapacidades para trabajar en el caso de lesiones, lo que deja de percibir el perjudicado por la muerte de la persona que velaba por él económicamente, etc.). Los daños morales, por su parte, son aquellos que lesionan principalmente los sentimientos, la afección o los aspectos psicológicos de la persona.

Ahora bien, conviene puntualizar que si no se ejercita la acción civil indemnizatoria en el fuero penal, los jueces carecen de potestad para fijar de oficio la indemnización o reparación del daño. Precisamente, si el reclamo de la indemnización constituye un derecho de la persona damnificada, que puede ejercer tanto en la jurisdicción penal como civil, o incluso renunciar a ella, nada justificaría que el tribunal disponga el pago de una reparación no solicitada o quizá no querida, o, más aun, «sin conocerse siquiera cuál era la pretensión de la víctima respecto del *quantum* indemnizatorio ni recibirse sus pruebas al respecto, obstaculizándose y eventualmente imposibilitándose el cabal ejercicio de sus derechos».[121]

[121] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 934.

Dado que el artículo 92 del Código Penal Peruano señala que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, el juez solo podrá fijar la indemnización de los daños y perjuicios, si ellos se han solicitado en el proceso penal, en caso de dictar sentencia condenatoria del acusado, pero no si este ha sido absuelto o sobreseído, o si se extingue la acción por muerte del imputado durante el proceso, o si se produce la prescripción de la acción penal o si se declara una amnistía.

Finalmente, otro tema que suscita la competencia del fuero penal respecto de la acción resarcitoria civil, es el relativo a si la indemnización fijada en sede penal es o no cosa juzgada. Al respecto, la respuesta de la doctrina es en sentido positivo: «El damnificado no podría ya reclamar otra indemnización en el fuero civil por la misma causa; o bien, lo que es lo mismo, que el ejercicio de la acción civil en sede penal, importa una renuncia al derecho de hacerlo en proceso civil por separado, ya que de lo contrario habría una duplicidad de juicios inaceptable, salvo que se denuncie que los daños no pudieron ser considerados en la sentencia criminal por ser sobrevinientes a ésta, o por tratarse de un daño futuro».[122]

En lo que respecta a nuestro sistema, la doctrina señala que la reparación civil derivada de un delito, solo debe tomarse como un prerrequisito, es decir, la reparación civil exige para su aplicación de la existencia de un delito.

Sobre el particular, Luis Miguel Bramont-Arias Torres[123] expresa que la razón es que la esencia para la imposición de la reparación civil no está en que se haya afectado intereses individuales o colectivos, sino en el hecho de que el sujeto, conociendo la norma que regula

[122] *Ibidem*, p. 938.

[123] Bramont-Arias Torres, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal.* Parte General. Lima: Editorial Santa Rosa, 2000, pp. 395-404.

nuestro ordenamiento jurídico, ha decidido ir contra ella, es decir, su conducta enfocada contra la norma provoca que se le imponga una pena y una reparación civil. Sobre esta base, Bramont-Arias Torres dice que el pago de la reparación civil tiene un efecto intimidatorio, es una sanción, y, por tanto, tiene un carácter coactivo. Este tipo de sanción —continúa Bramont-Arias Torres— consiste en una pérdida o disminución de los bienes materiales del responsable que trata de compensar el daño que ha ocasionado pero, de acuerdo con el artículo 93 del Código Penal, la reparación civil comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización por daños y perjuicios.

Por otro lado, a la luz de nuestras normas penales, también pueden acontecer casos en los que exista el delito, pero el agente no esté obligado al pago de una reparación civil, por ejemplo en los delitos que se quedaron en la fase de tentativa y no llegaron a producir ningún daño material ni perjuicio alguno. También pueden darse casos en los que exista reparación civil y no responsabilidad penal, como por ejemplo en las causas exculpantes, en la amnistía, en el indulto o cuando el agente o sujeto activo no llega a ser declarado culpable o resulta exento de responsabilidad penal, subsistiendo, no obstante, la civil.

Por lo pronto, las consecuencias económicas del delito, propias de la ejecución penal, tienen que ver con la necesidad de hacer efectivas la reparación civil, las consecuencias accesorias y la multa.

En lo que respecta a la reparación civil derivada de un delito, el inciso 1 del artículo 713 del Código Procesal Civil regula la ejecución de resoluciones judiciales firmes, la misma que se inicia requiriendo al ejecutado para que cumpla con su obligación dentro de un plazo de tres días, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzosa (artículo 715 del Código Procesal Civil).

César San Martín Castro[124] indica, al respecto, que existen dos tipos de ejecución: a) ejecución dineraria, si se trata de sumas líquidas; y, b) ejecución de entrega de una cosa, si se trata de restitución de cosas. En el primer supuesto se procederá a trabar embargo contra los bienes libres del condenado —siempre que anteriormente no se haya dictado dicha medida cautelar— y, luego, a iniciar el procedimiento de remate y, en su caso, de adjudicación (artículo 725 del Código Procesal Civil). En el segundo supuesto, con arreglo al artículo 94 del Código Penal, es del caso disponer, si antes no se ha hecho, la previa incautación o secuestro de la cosa, medida que procede por hechos delictivos que hayan producido la privación de la misma a su legítimo poseedor, para luego decretar su inmediata devolución al agraviado o perjudicado, si es que antes no se hizo al amparo de lo dispuesto en el artículo 161 del Código Penal. La restitución, como acota el artículo 93 del Código Penal, solo se dispondrá si es posible física y jurídicamente; si la cosa ha sufrido menoscabos, estos deben resarcirse al perjudicado, previa pericia.

Si el condenado no tiene bienes realizables, esto es, en los supuestos de ejecución dineraria o de resarcimiento por menoscabos del bien secuestrado, el artículo 98 del Código Penal autoriza a embargar hasta un tercio de su remuneración para el pago de la reparación civil.

El procedimiento de ejecución de reparación civil se inicia de oficio o a instancia de parte. En él siempre interviene el Fiscal, el condenado y su defensor y el perjudicado. El procedimiento de remate y, en su defecto, de adjudicación, es el fijado en el Código Procesal Civil.

En lo concerniente a las consecuencias accesorias, el artículo 102 del Código Penal prevé el decomiso, tratándose de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción. En el caso de las personas jurídicas, según prescribe el artículo 104 del Código Penal, procederá el decomiso de los beneficios que hubiera obtenido, si el delito se perpetró en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesario para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, solo si sus bienes fueran insuficientes.

[124] San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal.* Vol. II. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2000, pp. 1088 y 1089.

Sobre el particular, San Martín Castro[125] agrega que el mecanismo que ha de utilizarse es el mismo que para el caso de ejecución de entrega de una cosa. Es obvio que obtenida la incautación o secuestro del mismo, tratándose de bienes, se devolverá al agraviado en los supuestos de acción sustitutoria; y si se trata de otros *producta sceleris* (bienes producto del delito), es del caso proceder a su remate, siempre que sea necesario reparar a la víctima al no haberse resarcido el daño con el embargo de los bienes propios del condenado. Lo obtenido, luego de reparar a la víctima, pasa a favor del Tesoro Público. Los demás bienes y dinero, que no sean del caso disponer al pago de la reparación civil, se adjudicarán, sin más trámite y directamente, a favor del Estado.

Se presenta a continuación, por considerarlo ilustrativo, jurisprudencia nacional a través de la cual se pueden apreciar los rasgos diferenciadores, pero, a la vez, de dependencia y accesoriedad entre la acción civil y la acción penal.

Una primera data de 1971, según la cual «Si en la instrucción, el demandante se desiste de su intervención como parte civil, la sentencia expedida en dicho proceso penal en la que se determinó la reparación civil derivada del delito juzgado, no impide a los actores ejercer el derecho a demandar el pago de la correspondiente indemnización

[125] San Martín Castro, César. *Op. cit.*, vol. II, p. 1089.

de daños y perjuicios con arreglo a las disposiciones pertinentes del Código Civil».[126]

Según otra, «La acción civil por cobro de indemnización es diferente a la penal y, por consiguiente, falta la identidad de acción a que se refiere el artículo 313 del Código de Procedimientos Civiles» (se alude, evidentemente, a la norma procesal del Código de 1912).[127]

Otras Ejecutorias se refieren a la procedencia de la acción civil si antes se siguió el correspondiente proceso penal, a saber:

(a) «Para declarar la responsabilidad civil como consecuencia de un acto ilícito, no es necesario la prueba del factor moral de la culpa».[128]

(b) «Son indemnizables en la vía civil los daños causados en una propiedad, aun cuando la instrucción abierta contra los actores de ellos, haya sido mandada archivar por no haber responsabilidad penal».[129]

(c) «El hecho de haberse declarado en el procedimiento penal la irresponsabilidad del chofer del ómnibus que produjo el accidente, no anula la responsabilidad civil que afecta al tercero propietario de la empresa».[130]

[126] *Anales Judiciales*, p. 210.
[127] Ejecutoria Suprema del 9 de agosto de 1974, que procede de Lima y recae sobre el Expediente N.° 565/74 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, p. 1446).
[128] Ejecutoria Suprema del 3 de enero de 1944 (*Anales Judiciales*, 1943, p. 384).
[129] Ejecutoria Suprema del 4 de abril de 1960 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, diciembre de 1960, p. 1465).
[130] Ejecutoria Suprema del 5 de enero de 1942 (*Anales Judiciales*, 1942, p. 177).

(d) «La condenación del autor del delito no exime al damnificado de la obligación de probar la entidad del daño en el juicio civil contra el subsidiariamente responsable».[131]

(e) «En caso de accidente de tránsito, si en el juicio penal seguido contra el chofer, en el que se apersonó el accidentado como parte civil, se ha señalado una determinada suma por concepto de reparación civil, es improcedente la demanda de indemnización interpuesta en la vía civil en contra del propietario del vehículo».[132]

(f) «No puede oponerse como una cosa juzgada a la acción civil para la indemnización de un daño, la resolución del Tribunal Correccional que declara no haber mérito para el juicio oral en la instrucción abierta para investigar el hecho».[133]

(g) «La improcedencia del juicio oral declarada en la instrucción que se siguió en contra del chofer del vehículo que ocasionó un accidente, no modifica la condición jurídica de la empresa propietaria en el juicio civil que se le sigue para obtener la respectiva indemnización».[134]

Una Ejecutoria de fecha más reciente,[135] prescribe que «La reiterada y uniforme jurisprudencia dispone que cuando se ha señalado la

[131] Ejecutoria Suprema del 16 de noviembre de 1939 (*Revista de los Tribunales*, 1939, p. 443).
[132] Ejecutoria Suprema del 9 de diciembre de 1949 (*Anales Judiciales*, 1949, p. 47).
[133] Ejecutoria Suprema del 13 de julio de 1945 (*Revista de los Tribunales*, 1945, p. 251).
[134] Ejecutoria Suprema del 29 de noviembre de 1944 (*Revista de los Tribunales*, 1945, p. 64).
[135] Ejecutoria Suprema del 3 de agosto de 1995, recaída en el Expediente N.° 1931-94 (En Ledesma Narváez, Marianella. *Ejecutorias. Con aplicación del Nuevo Código Procesal Civil*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1995, tomo II, pp. 141 y 142).

reparación civil en la acción penal y el agraviado se ha constituido expresamente en parte civil, la indemnización en la vía civil no procede».

Asimismo, mediante Ejecutoria Suprema del 22 de junio de 1995, se dispuso que «Si en el juicio penal respectivo el demandado ha sido condenado al pago de una cantidad por reparación civil, la misma que se ha cancelado, debe deducirse la cantidad pagada del monto que por indemnización se fije. No procede señalar el monto indemnizatorio en moneda distinta a la del curso legal del país».[136]

Por su parte, la Resolución Suprema del 17 de mayo de 1995 ordena que «No procede señalar el monto indemnizatorio en moneda distinta a la del curso legal de nuestro país. Las resultas de la acción penal es independiente a la acción civil. Resulta procedente reducir el monto indemnizatorio si el peatón contribuyó a causar el accidente».[137]

Respecto al contenido de la indemnización, la Ejecutoria del 7 de julio de 1995 dispuso que «La indemnización comprende las consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido».[138]

En torno a la intervención de la parte civil, quedó establecido que «Si la acción penal donde se constituyó la demandante en parte civil ha prescrito, ello no descalifica para que ésta inicie la acción por indemnización, cuando la parte civil se sometió con su intervención activa y con la natural expectativa de lograr una reparación civil, y ésta

[136] *Ibidem*, pp. 144 y 145.
[137] *Ibidem*, pp. 146-148.
[138] *Ibidem*, pp. 148-150.

no se cristalizó por la naturaleza de la resolución que hizo concluir el proceso».[139]

Finalizamos reiterando que las dos grandes categorías o especies básicas de responsabilidad jurídica están integradas por la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. De la primera estamos tratando ampliamente. La segunda es genuina y específicamente «criminal», y lleva anexa una pena, sanción o medida de seguridad para la reparación de los daños y perjuicios causados a la víctima del delito y a sus bienes.

10. El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil

No obstante haber abordado el tema de las denominadas obligaciones de medios y de resultados cuando tratamos acerca de los diferentes criterios de clasificación de las obligaciones,[140] en la Primera Parte de esta obra, resulta indispensable volver sobre la materia, a fin de analizarla minuciosamente.

Ello porque a pesar de nuestra opinión adversa a distinguir las obligaciones en aquellas que eventualmente serían de medios y aquellas otras que eventualmente serían de resultados, este criterio clasificatorio ha calado profundamente en la doctrina de nuestra tradición jurídica, y en la actualidad, para analizar diversas responsabilidades específicas, existen no pocos juristas que continúan asumiendo su plena validez, la misma que no es novedosa, pero que tampoco constituye una de antigua data, pues su planteamiento recién se produjo en el año 1925, cuando el famoso profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, René Demogue, publicó el quinto y último tomo de su Tratado de las Obligaciones en General, cuyo primer tomo había aparecido en el año 1923.

[139] *Ibidem*, pp. 157 y 158.
[140] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op cit.* Primera Parte, tomo I, pp. 198-204 y 215-218.

Sin duda, las doctrinas del profesor citado revolucionaron en gran parte los conceptos sobre inejecución de obligaciones, no obstante que Demogue solo se ocupó del tema que aquí tratamos entre las páginas 538 y 545 del quinto tomo de su Tratado.

Es probable que dentro de los autores clásicos de Derecho de Obligaciones, la obra de Demogue no sea tan conocida en el Perú como la del italiano Giorgio Giorgi. Sin embargo, tal situación no obedece a que Demogue sea menos importante o famoso, o que su obra haya tenido menor repercusión que la del maestro italiano. Simplemente el Tratado de Demogue nunca fue traducido al español, mientras que el de Giorgi sí lo fue. Pero ambos se erigen, sin duda, entre las grandes autoridades en la materia de fines del siglo XIX y principios del siglo XX.

¿Y en qué consistía la doctrina de Demogue?

El referido tratadista[141] anotaba que la obligación del deudor no era siempre de la misma naturaleza, ya que podía ser una obligación de resultado o una obligación de medios.

Demogue se encargó de precisar que esta división no estaba ausente de analogía con aquella otra del Derecho Penal que clasificaba a los delitos en formales y materiales. Estos últimos se caracterizan por el resultado, en tanto que los primeros se caracterizan por el empleo de medios que ordinariamente conducen a producir un resultado.

Explicando la distinción en sede de obligaciones, Demogue plantea el ejemplo de una persona que se ha obligado a ejecutar un acto unilateral, en el cual ella se encargará de transportar un paquete o de construir un edificio.

---

[141] Demogue, René. *Traité des Obligations en Général.* París: Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie., 1923, tomo V, pp. 538-545.

Según Demogue, estos resultados son esperados. Expresa que constatados dos puntos, obligación e inejecución, hacen que el acreedor tenga todo a su favor para ganar el pleito, a menos que el deudor pruebe haber estado en la imposibilidad de ejecutar la obligación por caso fortuito o fuerza mayor.

Refiere Demogue que, en lugar de prometer un resultado, se puede estar obligado —por ley o convención— a tomar ciertas medidas que normalmente tienen por naturaleza conllevar a un resultado. De este modo un banquero, en lugar de tomar títulos en depósito o en custodia (obligación de resultado en cuanto a su conservación), entrega en alquiler una caja fuerte. Él se obliga, entonces, a adoptar las precauciones de uso para el ingreso dentro de la sala de cajas, y a la apertura de dicha caja.

Aquí plantea el supuesto que se produzca el robo de los títulos, caso en el cual el cliente perjudicado tendría que probar que el banco ha faltado a una de sus obligaciones: dejado que una persona abra la caja sin estar seguro de su identidad, pues el banco no le ha prometido un resultado, a saber, que el cliente encontrará sus títulos. Dicha institución le ha prometido vigilar el acceso a su caja fuerte. Si el banco ha dejado ingresar a un tercero hasta su caja, esa institución financiera entonces deberá probar que ahí ha habido caso fortuito o fuerza mayor. Los delincuentes pueden haber empleado amenazas, o el banco puede haberse equivocado sobre la identidad del visitante de la caja de seguridad.

Igualmente, el guardián que vigila una propiedad no promete que se la encontrará intacta, sino que tomará las precauciones de uso para tal efecto. El dueño tendría pues que probar que el guardián no la visitaba regularmente, que él no había hecho nada luego de haber constatado los primeros daños y que él los había mantenido ocultos.

Lo propio ocurriría en el caso del transporte. Según Demogue, el conductor solo contrae una obligación de medios respecto al viajero en relación con el equipaje de mano que este último no ha hecho registrar. El viajero deberá, en caso de pérdida, probar la culpa del transportista.

De otro lado, Demogue cita el ejemplo del médico que no promete la curación, sino promete sus cuidados, y se pregunta si se pensaría en declarar responsable a todo médico cuyo paciente muera, salvo que el médico pruebe la existencia de fuerza mayor.

A decir de Demogue, también inquieta saber si en virtud de lo dispuesto por el artículo 1953 del Código Napoléon, el hospedante tiene respecto al huésped una obligación de resultado respecto al equipaje que este último ha traído.

Refiere el profesor francés que la distinción de las obligaciones de medios y de resultado explica las controversias que se han presentado a propósito de la responsabilidad del patrón por un accidente producido fuera de la ley del 9 de abril de 1898 y a propósito de los accidentes en el transporte de personas.

Expresa Demogue que siguiendo una teoría propuesta por Sainctelette, el patrón está obligado a la seguridad del obrero. Por consiguiente, este último tiene respecto al patrón un título concebido en términos generales. En una palabra, él es acreedor de un resultado. Respecto al patrón, si este resultado no se produce, deberá probar la existencia de fuerza mayor o la culpa del obrero.

Por el contrario —dice Demogue—, con base en la teoría que la sustenta ello no sería así. El patrón está obligado a tomar todas las precauciones impuestas por los reglamentos o simplemente por la prudencia, lo que bastará por lo general para impedir la producción de accidentes. Pero el obrero herido debe probar que en tal caso se imponía una medida de prudencia y que ella no fue tomada.

Se puede decir que el patrón debe adoptar todas las medidas apropiadas para salvaguardar la salud y la vida del obrero. Esta no es más que una obligación de medios. La prueba, no obstante, recaerá sobre el patrón. Si ocurre un accidente, es muy probable que todas las medidas no hayan sido tomadas y que deba presumirse en los hechos que el patrón ha faltado a sus deberes. A este respecto Demogue recuerda la obra del profesor Permez, sobre responsabilidad, quien asigna responsabilidad al patrón si la naturaleza del accidente hace creer que él no ha empleado adecuadamente el bien de su propiedad (la explosión de una caldera), pero no en los otros casos (como sería aquel del obrero atrapado por un engranaje).

Según Demogue, la pregunta es la misma, pero recibió (en época reciente a la elaboración de su Tratado) una solución diferente a propósito de la responsabilidad de los conductores de automóviles en el transporte de personas, por haber estimado la jurisprudencia que el transportista tiene una obligación de resultado, consistente en «conducir al pasajero sano y salvo a su destino». En caso contrario, habría culpa del transportista en el cumplimiento de sus obligaciones e inejecución de la convención (contrato).

Según Demogue, no sería válido decir que el transportista promete tomar las medidas ordinarias para el transporte y observar las precauciones que imponen la prudencia o los reglamentos, de suerte que el pasajero debiese probar que tal regla debía ser observada y que no lo fue.

La pregunta sería la misma en el caso del contrato de remolque. ¿El patrón del remolcador promete el resultado, es decir la llegada a destino del navío remolcado, o promete sus cuidados para llevarlo a dicho destino?

Sobre la base de esos conceptos Demogue afirma que en los contratos se encuentran obligaciones de resultado y obligaciones de medios. Cita como ejemplos de obligaciones de resultado el del inquili-

no que promete dejar el inmueble en buen estado, ocurriendo lo propio con el depositario, o con el comodatario respecto al objeto entregado. En sentido inverso, según el profesor francés, el mandatario o el representante prometen sobre todo ocuparse de los intereses de otro (intereses ajenos), trabajando con la prudencia deseable, lo que constituye una obligación de medios.

Fuera del campo de los contratos, para las obligaciones que imponen los reglamentos o la prudencia, uno estaría ante una obligación de medios. Así, señala que un chofer tiene el deber de ser prudente, no pudiéndose decir que su obligación es la de no herir a ninguna persona. Agrega que la responsabilidad por culpa fuera de los contratos tiene, pues, reglas de prueba que no se encuentran siempre con ocasión de los contratos.

Pero, según Demogue, la responsabilidad por culpa no es la única que existe. Anota que de una manera general él ha sostenido en su obra que se es responsable del riesgo creado, lo que quiere decir que se debe a otro el no perjudicarlo. Este es, pues, un resultado del cual se es responsable.

A decir de Demogue, más allá de esta cuestión discutida, hay casos (como los planteados por los artículos 1384 y siguientes del Código Napoléon) en los cuales se tiene la obligación de no causar daño a otro con la cosa de su propiedad, con el animal que le pertenece, etc.

Refiere el profesor francés que en todos los supuestos que él ha analizado relativos a la responsabilidad por riesgo, responsabilidad del comitente, de los dependientes, de los hechos de los animales, de las cosas, de los edificios, hay implícita una obligación de resultado, ocurriendo lo mismo si la responsabilidad se deriva de una presunción de culpa. Se es deudor de un resultado: la ausencia de daño causado por el menor de edad, puede solo liberarse de manera más fácil.

Para Demogue resulta de esto último que el sistema de la prueba es idéntico en las obligaciones contractuales y delictuales. Así, si la prueba a aportar no es la misma en todos los casos, esto tiene relación con el hecho de que difiere el contenido de la obligación. Agrega que en materia de obligaciones delictuales, solo deben tomarse ciertas medidas, salvo que haya responsabilidad por riesgo o presunción de culpa. En materia contractual ello dependerá del objeto del contrato, de las reglas generales y de la voluntad de las partes.

De este modo se puede explicar que el inquilino sea jurídicamente responsable del incendio respecto del arrendador y no respecto del vecino. Ello, según Demogue, porque él ha prometido al primero un resultado (la restitución del inmueble), no debiendo al segundo sino las medidas impuestas por la prudencia.

Añade Demogue que el sistema de la prueba es, pues, el mismo en los delitos y en los contratos, porque el delito supone la violación de una obligación preexistente, al igual que la culpa contractual. A este respecto Demogue recomienda la consulta de un trabajo del profesor italiano Carnelutti, sobre la distinción entre la culpa contractual y la culpa extracontratual, publicado en la *Revista de Derecho Comercial Italiana* en el año 1912.

Según Demogue, el delincuente no es tal si no estuviese obligado por el Derecho objetivo, por una regla expresa o tácita de no hacer o de hacer tal cosa. Él debe haber sobrepasado el límite de su derecho, ocurriendo lo propio con el contratante; pero señala que, para cada uno, desde que existe esta circunstancia, se presume de hecho el elemento psicológico de que él podía conocer estar violando su derecho. Continúa expresando Demogue que, por lo tanto, en los contratos basta algunas veces con probar la obligación. Esto significa, entonces, que el deudor debe demostrar que él la ha ejecutado. Este sería el caso de una deuda de suma de dinero o el de una obligación consistente en la entrega de una cosa. En los otros casos, será necesario es-

tablecer la no ejecución, es decir probar que se ha contravenido determinada obligación, que tal resultado no fue cumplido.

Recuerda Demogue que Gabba ha llegado a una idea muy cercana a la suya, al decir que en todos los contratos que versen sobre los servicios de una persona experta, concernientes a la persona o a la cosa, no estamos en presencia de una obligación que se pueda denominar propiamente contractual. Este contrato da simplemente la posibilidad de emplear su libertad de una cierta manera, de suerte que si se hace mal uso de ella, se produce una falta aquiliana.

Esta última fórmula le parece menos exacta a Demogue. Sin embargo, considera que de la misma puede extraerse una idea útil. Señala que la persona que tiene una profesión liberal, es decir que tiene independencia en la ejecución, como es el caso del médico o del abogado, no tiene a su cargo sino una obligación de medios. El obrero, que a entender de Demogue va desde el peón hasta el más alto grado, incluso hasta el arquitecto, conlleva de ordinario obligación de resultado, pues el resultado puede ser conseguido de manera casi certera con el empleo de la tecnología apropiada.

Continúa diciendo Demogue que el artículo 1302 del Código Civil Francés constituye un importante parágrafo, de donde resulta que el deudor debe probar el caso fortuito. Recuerda que el profesor Lefebvre presenta este texto como contrario a los verdaderos principios, porque él presume la culpa del deudor. A entender de Demogue, esto último no se explica sino por consideraciones prácticas. El deudor tiene la posesión de la cosa, siendo justo que él esté obligado a hacer conocer cómo la ha perdido. Estima que esta última observación es adecuada y que se la podría relacionar con esta idea, entendiendo que el deudor de una cosa asume una obligación de resultado, pues él debe entregar la cosa. Opina Demogue que esto último se aplica a todo deudor de un cuerpo cierto sobre el cual tuviera el completo dominio, pero estima

que este artículo, por su propia razón, se refiere especialmente a la entrega de la cosa.

Hasta aquí las consideraciones de René Demogue sobre las obligaciones de medios y de resultados, tema que, como se ha visto, fue abordado por el referido profesor con ocasión del análisis de la relación existente entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

Jorge Horacio Alterini[142] señala —de manera muy acertada— que se polemiza entre los autores sobre si debe o no atribuírsele a Demogue la paternidad de la dicotomía entre obligaciones de resultado y de medios. Sin embargo, el profesor argentino pone de relieve que aun cuando pudiera admitirse la existencia de algunos vestigios anteriores a Demogue, las teorías jurídicas deben ser atribuidas no a quienes tímidamente se atreven a hilvanar algunas consideraciones solitarias, sino a aquellos que con base conceptual definida, nutren al mundo del Derecho con exposiciones sistemáticas y orgánicas.

Así, a pesar de que hay quienes buscan los antecedentes de las obligaciones de medios y de resultados en el Derecho Romano, en el antiguo Derecho Francés, en algún pasaje de Domat, en Lasson o incluso en Planiol, no debe existir duda de que quien dio organicidad (aunque a nuestro criterio bastante relativa) a la distinción de las obligaciones de medios y de resultados fue René Demogue.

10.1. Los seguidores de Demogue

Dentro de los partidarios de la distinción de las obligaciones de medios y de resultados, tenemos a un gran número de autores, entre

[142] Alterini, Jorge Horacio. «Obligaciones de Resultado y de Medios». En *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, tomo XX. Editorial Bibliográfica Argentina, pp. 700 y ss.

ellos a Josserand, los Mazeaud, Enneccerus, Kipp y Wolff, Betti, Hernández Gil, Spota y Cazeaux y Trigo Represas.

Josserand[143] sostiene que hay obligaciones que tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá lograrse, mientras que otras se refieren solamente a la conducta que el deudor deberá observar en condiciones y dirección determinadas. Expresa que las primeras son las obligaciones de resultado, en tanto que las segundas son las obligaciones de medios; en aquellas el deudor ha prometido ejecutar un acto determinado, positivo o negativo, por ejemplo, transportar a los viajeros o las mercancías de tal a tal punto, o construir una casa; en las segundas se ha comprometido solamente a portarse de tal modo, en tal dirección, a poner en marcha su industria, su actividad, su talento, a prestar sus cuidados, a brindar sus esfuerzos —en orden a un resultado sin duda—, pero sin garantizar el éxito.

Josserand vuelve a citar el recurrido caso del médico que promete, no curar la enfermedad, sino prestar cuidados concienzudos y atentos, conforme a los conocimientos de la ciencia. Para Josserand esta distinción corresponde a una realidad cuyo interés se manifiesta, en primer lugar, en el terreno de la responsabilidad contractual, y más especialmente en el de la prueba; ya que la inejecución de una obligación de resultado está establecida por el hecho mismo de que el resultado proyectado no se ha obtenido, mientras que la inejecución de una obligación de medios se deduce solamente de la no observancia por el deudor de los deberes de diligencia, vigilancia, prudencia, competencia, etc., que había asumido; en una palabra, de una falta que ha cometido y cuya prueba, que incumbe al acreedor descontento, no dejará de tener dificultad. De acuerdo con esto —dice Josserand—, el

[143] Josserand, Louis. *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*. Traducido por Cunchillos y Manterola. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1952, vol. II, tomo II, pp. 83 y 84.

paciente de un médico no obtendrá una indemnización sino en el caso de que pruebe que aquel no le ha dado los cuidados concienzudos, atentos y de conformidad a las prescripciones de la ciencia, que le debía contractualmente.

En el mismo sentido que Josserand, los Mazeaud[144] asumen la distinción entre las obligaciones que llaman «determinadas» (o de resultado) y las obligaciones «generales» de prudencia y de diligencia (o de medios), clasificación que descansa, según ellos, sobre la siguiente observación: unas veces el deudor está obligado a realizar un hecho determinado; la obligación está concretada estrictamente; el deudor debe lograr un resultado. Otras veces, por el contrario, el deudor está obligado tan solo a observar diligencia, a conducirse con prudencia para intentar obtener el resultado apetecido. Así, reiteran el caso en que mientras el porteador está obligado a entregar las mercaderías en el día y lugar convenidos, el médico solamente está obligado a conducirse con prudencia y diligencia con miras a obtener la curación del enfermo.

Para los Mazeaud, el interés práctico de la distinción es capital en el terreno de la prueba, pues resultaría suficiente para el acreedor de una obligación determinada (de resultado) establecer que no se ha alcanzado el resultado. Con ello demuestra que el deudor no ha cumplido con la obligación; para liberarse, el deudor debe probar entonces que el incumplimiento proviene de una causa ajena a él.

En cambio, según los Mazeaud, si la obligación que pesa sobre el deudor es tan solo la de conducirse con prudencia y diligencia, se torna necesario un examen de la conducta del deudor, ya que cuando el resultado previsto no se ha obtenido, el acreedor, para demostrar

[144] Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.* Parte Segunda, vol. I, pp. 21-23.

que la obligación no se ha cumplido, deberá probar que el deudor no se ha comportado con la prudencia y la diligencia a las que estaba obligado.

Según refieren los citados profesores franceses, esta clasificación engloba todas las obligaciones contractuales o extracontractuales; y agregan que no siempre resulta fácil saber si se está en presencia de una obligación «determinada» o de una obligación general de «prudencia y diligencia».

Opinan que, para tal propósito, en el terreno contractual hay que averiguar la voluntad de las partes, es decir, si el deudor ha asumido el compromiso de lograr el resultado por el cual han contratado las partes, o si el deudor solamente se ha comprometido a intentar, por una conducta prudente y diligente, la consecución del resultado que han tenido a la vista las partes para concluir el contrato.

Estiman que a falta de otras circunstancias que permitan descubrir esa voluntad, se debe averiguar si la realización del fin perseguido por el contrato presenta una eventualidad. Cuando tal realización es aleatoria, debe suponerse que la obligación asumida es tan solo de prudencia y diligencia, porque, normalmente, un deudor no se compromete a obtener un resultado que sabe aleatorio; y, por el contrario, cuando no es aleatoria la realización del resultado en vista del cual se ha celebrado el contrato, cabe estimar normalmente que el deudor ha prometido esa realización.

Recuerdan los Mazeaud que se ha censurado esta clasificación al poner de relieve que ella no presenta ningún interés práctico, porque un deudor asume casi siempre a la vez uno y otro tipo de obligaciones, pero anotan que nadie ha negado que un mismo deudor pueda estar comprometido a diversas obligaciones, y, según ellos, el mérito de la clasificación está justamente en revelar que las asume de variada y diferente naturaleza.

Alberto G. Spota[145] también se muestra partidario de la distinción en las obligaciones de medios y de resultados. Expresa esta opinión al tratar acerca del contrato de locación de obra.

Luego de referirse a los servicios de abogados, médicos y otros profesionales, manifiesta, entre otras consideraciones, que en esos supuestos el abogado es un locador de obra y que asume también esta calidad cuando se obliga a estudiar una cuestión que se le plantea, con prescindencia de que prosperen o no las acciones judiciales o los requerimientos extrajudiciales que se promuevan como consecuencia del dictamen emitido, pues hay allí una obra intelectual, un resultado alcanzado.

Spota indica que la eficacia de ese resultado origina ya un problema diverso, y puede o no formar parte integrante de las obligaciones del locador, según el ámbito de lo convenido.

Por su parte, Enneccerus, Kipp y Wolff también se manifiestan partidarios de la existencia de obligaciones de medios y de resultados, cuando analizan[146] los contratos de prestación a tercero y por tercero, en especial cuando abordan el tema de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero (el mismo que será tratado por nosotros más adelante).

De otro lado, Cazeaux y Trigo Represas,[147] luego de recordar el origen de la distinción sobre la que venimos tratando, consideran que las obligaciones de resultado son aquellas en las cuales el deudor está obligado a asegurar un efecto determinado. Así, opinan que en el sec-

---

[145] Spota, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984, vol. V, pp. 292-294.

[146] Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, pp. 170-175.

[147] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, pp. 809-811.

tor de las obligaciones contractuales sería de resultado una compraventa, pues en esta clase de contrato, tanto el vendedor como el comprador se comprometen a cumplir efectivamente un hecho determinado: uno, la entrega de la cosa, y el otro, el pago del precio.

Refieren que en el sector de las obligaciones extracontractuales, sería una obligación de resultado la surgida de un evento dañoso provocado por un animal o la nacida a raíz del hecho dañoso causado con una cosa o por una cosa inanimada, en cuyas situaciones el obligado a la guarda del animal o de la cosa, está en el deber de asegurar el efecto preciso de que ni los animales ni las cosas bajo su custodia causen daño a otro. En suma, en las obligaciones de resultado —sean contractuales o extracontractuales— el deudor no solo tiene el deber de observar una determinada conducta, sino también de obtener el logro de la finalidad perseguida por ella.

Estiman que las obligaciones de medios son aquellas en que el deudor no asegura un efecto determinado, sino tan solo se compromete a poner en práctica la conducta que ordinariamente conduce a un determinado resultado, pero que bien puede no producirlo. Como lo explica Betti, se trata de desarrollar una actividad en interés del acreedor, pero no el resultado útil de la actividad, resultado que puede no estar en manos del obligado.

Añaden que, desde el punto de vista del régimen probatorio, la distinción entre obligaciones de medios y de fines resulta muy importante, pues si el deudor promete un resultado, la prueba del incumplimiento de la obligación surge de la mera circunstancia de no haberse realizado el acto prometido, de no haberse obtenido el resultado previsto; en tanto que si solo ha prometido conducirse con prudencia y diligencia en un sentido dado, para acreditar el incumplimiento no basta ya probar la no obtención de un resultado, sino que se deberá además demostrar que ello obedeció a culpa del deudor, quien no se condujo con la mesura y diligencia debidas.

De este modo, en el primer caso corresponderá al deudor acreditar que su incumplimiento fue inimputable, por caso fortuito, fuerza mayor o alguna otra causal eximente; en el segundo el *onus probandi* pesa sobre el acreedor, quien deberá probar la culpa del obligado incumpliente.

10.2. La doctrina ecléctica

Recuerda Jorge Horacio Alterini[148] que de la misma manera como la teoría de Demogue contó con entusiastas seguidores, hubo también quienes levantaron grandes reparos. Pero algunos autores asumieron parcialmente sus doctrinas.

Jorge Horacio Alterini emplea los términos de Alsina Atienza, cuando expresa que el mérito de Demogue radica en haber puesto de relieve la trascendencia de la pulcra delimitación del contenido de las obligaciones, en conexión con las reglas de la carga de la prueba, pero admite que sus virtudes no deben ser exageradas. En tanto, Luis María Boffi Boggero —maestro de Jorge Horacio Alterini— afirma que esta ingeniosa teoría puede facilitar la solución más justa de los siempre complejos problemas de la responsabilidad, si se le asigna un papel menos ambicioso que el perseguido por sus más fervientes partidarios.

De este modo, y colocándose en una posición intermedia, el discípulo de Boffi Boggero añade que en torno al tema no cabe ni el excesivo optimismo ni la crítica despiadada, pues la construcción de Demogue tiene el valor de haber penetrado por senderos que se consideraban suficientemente explorados, de haber indicado nuevos rumbos a quienes abordaran problemas probatorios, y aun el de haber desbro-

[148] Alterini, Jorge Horacio. *Op. cit.*, pp. 703 y 704.

zado algunas dificultades; pero, no obstante ello, dicha teoría no llega a conformar un edificio de sólidos cimientos e inmutables estructuras.

Para Jorge Horacio Alterini, resulta claro que el avance de la teoría no puede detenerse con críticas «del nivel de las que indican, por ejemplo, que toda obligación tiene por objeto un resultado, lo que siendo indiscutible si nos formamos una imagen genérica del resultado, no lo es si le damos el alcance referencial que a esta idea le adjudica Demogue».

El profesor argentino agrega que si bien fines y medios se combinan en las obligaciones, es también cierto que en algunos casos esos fines están previstos en forma expresa en la obligación, como es en la de resultado; y ocurre que en otros se verifica una suerte de abstracción de esos fines respecto del contenido de la obligación, que si bien normalmente es apta para alcanzarlos, se extingue por el mero obrar diligente del deudor a quien sujeta (en lo que el citado profesor califica como obligación de medios).

Esmein, por su parte, decía que toda obligación tiene por objeto un cierto resultado, ya que de no tenerlo carecería de objeto, y el objeto es elemento necesario de toda obligación.

Para Marton, las obligaciones de medios no son más que obligaciones que consideran un resultado parcial en relación con el verdadero fin más amplio, aunque éste haya quedado fuera de la obligación.

En tanto que Ripert y Boulanger enuncian casos en que la obligación del deudor comprende tanto un cierto resultado como los medios considerados apropiados para lograrlo.

Según Aguiar, las obligaciones de medios y las de resultado, funcionan de la misma forma con relación a la prueba del incumplimiento, porque los medios son, como el resultado, el objeto de la obligación, pues la diferencia no se encuentra allí, sino en que los

medios y resultados prometidos consistan en un hacer o en un omitir, y en que la negativa sea una negativa pura, respecto de la cual quien niega, nada prueba, o que envuelva una afirmación, en la cual la prueba deba ser hecha por quien niega.

Para Busso la distinción no abarca todas las posibilidades y, por otro lado, muchas veces ambas categorías se confunden.

10.3. Los detractores de Demogue

Uno de los más severos críticos modernos de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados es el profesor argentino Ernesto Clemente Wayar,[149] quien señala que entre ellas no hay diferencias ontológicas, siendo su distinción solo aparente, pues en aquellas que la tradición llama «de medios» es siempre posible encontrar un «resultado», lo que se comienza a comprender cuando se acepta que en toda obligación hay medios y que en toda obligación también se persigue resultados.

Como segundo fundamento del combate a este criterio clasificatorio, Wayar sostiene que el objeto del derecho del acreedor equivale a un resultado que él espera de la conducta de su deudor y que la prestación o conducta del deudor es el medio productor de aquel resultado. Dentro de tal orden de ideas, resultado y medio son dos elementos que están íntimamente ligados dentro de la estructura de toda relación obligacional, pues constituyen parte de su esencia.

Por ello expresa que afirmar que hay obligaciones de medios en las cuales no se promete ni se debe un resultado, equivaldría a sostener que en ciertos supuestos el derecho del acreedor carece de objeto.

---

[149] Wayar, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, tomo I, pp. 128-130.

Sostiene el profesor citado que el hecho de que en algunas obligaciones el medio o prestación adquiera singular importancia, no autoriza a prescindir del resultado.

Dice Wayar que, a pesar de no tener la misma jerarquía, de ninguna manera podrá decirse que en un caso el interés del enfermo en curarse no merezca la misma protección jurídica que el interés del vendedor en recibir el dinero, pues en uno y otro caso el resultado esperado por el acreedor debe gozar de idéntica protección, lo que no ocurrirá si, como punto de partida, se admite que en la obligación de medios el deudor no se compromete a obtener un resultado.

Y, en tercer término, Wayar expresa que en la llamada obligación de medios, la prestación (es decir, la conducta debida) persigue siempre un resultado, que no es otro que satisfacer el interés del acreedor. Wayar afirma que sería un verdadero dislate suponer que quien adeuda un medio no se preocupe por lograr el resultado, habiendo siempre un punto en donde el objeto del derecho del acreedor se confunde con el resultado a que apuntan los medios que proporciona el deudor, por lo que considera imposible escindir los medios del resultado.

Sin embargo, no compartimos una conclusión que extrae Wayar de este problema, al decir que cuando el enfermo[150] no recupera su salud, a pesar de haber seguido el tratamiento indicado por el médico, bien cabe decir que, como acreedor, su interés no ha sido satisfecho y que la prestación cumplida por el médico, con prescindencia de la eficacia o utilidad de los medios empleados, tampoco ha alcanzado su objetivo, que era, precisamente, curar al enfermo, habiéndose frustrado, según Wayar, tanto el objeto del crédito como la finalidad a que apuntaba la prestación cumplida.

[150] Como puede apreciar el lector, nadie ha dejado de lado este ejemplo.

Estimamos que en estas últimas expresiones existe cierta contradicción, pues por un lado no es posible decir que la prestación no ha alcanzado su objetivo, asumiendo que ella se ha ejecutado, ya que sería caer en la contradicción de siempre (de las obligaciones de medios y de resultados), desconociendo que dicho resultado se cumple con la ejecución misma de la prestación, vale decir, con la conducta del médico en hacer todo cuanto esté a su alcance para curar al paciente.

Conviene poner énfasis en que si el médico ha hecho todo lo posible para sanar al paciente y ha procedido con la diligencia ordinaria requerida, no solo habrá ejecutado medios, sino también habrá cumplido con el resultado, pues el resultado del que hablamos no es otro que el propio tratamiento para curar la enfermedad.

Dicho resultado jamás ha consistido en prometer sanar al paciente. Por eso, si el paciente no se cura, no podríamos decir que el médico no habría ejecutado su prestación, porque ello implicaría afirmar que no habría conseguido los resultados a que se obligó. Igualmente, tampoco podríamos decir que no habría obtenido los resultados prometidos, pues si procedió adecuadamente, habría ejecutado de manera idónea la prestación debida.

Además de Wayar, se cuenta entre los detractores de la doctrina de Demogue, entre otros autores, a Ripert y Boulanger, Breccia, Brigant, Miccio, Carresi y Ospina.[151]

Como ha sido expresado por nosotros con ocasión del análisis de los diferentes criterios clasificatorios de las obligaciones, y en las propias líneas que anteceden, no creemos factible dividirlas en aquellas que se podrían considerar de medios y otras que recibirían el nombre de obligaciones de resultado(s).

[151] Citados por De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General.* Segunda Parte, tomo VI, p. 45.

10.4. La teoría de René Demogue. Los contradictorios «medios» y «resultados»

Pero más allá de las consideraciones hasta aquí vertidas, hemos estimado necesario analizar con cierta minuciosidad las expresiones de quien fue creador de esta clasificación, el profesor René Demogue.

A nuestro entender Demogue, a quien no nos atreveríamos a restarle mérito alguno por haber planteado tesis tan novedosa en 1925, construyó su teoría con ejemplos usualmente contradictorios y sin una doctrina medular. No obstante ello, la inmensa mayoría de autores que conocieron la obra de Demogue, fueron persuadidos por sus ideas, las mismas que siguen siendo fuente de consideración en el análisis jurídico de diversos tratadistas contemporáneos.

Para rebatir a Demogue es indispensable recordar cuál es el concepto que asume respecto a la obligación civil propiamente dicha.

En las primeras páginas de su Tratado,[152] Demogue expresa que la obligación moderna traduce el concepto de la obligación tal y como esta se forma dentro de las civilizaciones avanzadas en su evolución, pudiendo ser mejorado, al expresar que «hay obligación cuando una persona está comprometida respecto a otra a dar, hacer o no hacer».

Resulta claro que el concepto de Demogue respecto de las obligaciones civiles es el predominante en nuestra tradición jurídica y en el Derecho del siglo XX. De igual modo, este concepto ha sido asumido por el legislador peruano —aunque nunca de manera explícita— en todos los Códigos Civiles que han tenido vigencia en nuestro país, incluyendo, obviamente, al Código de 1984.

[152] Demogue, René. *Op. cit.*, tomo I, p. 3.

También es necesario recordar que tal es el concepto de obligación que hemos adoptado en esta obra.[153]

Adicionalmente, toda obligación implica la existencia de un objeto, el mismo que constituye la prestación, es decir, la actividad humana que consiste necesariamente en un dar, en un hacer, o en un no hacer.

Hemos dicho en forma reiterada que si nos atenemos a la naturaleza de la prestación, toda obligación, de manera ineludible, es de dar, de hacer o de no hacer. Esto equivale a decir que no cabe un cuarto criterio clasificatorio.

De lo expresado se infiere claramente que la obligación es concebida de manera tradicional como el compromiso a una actividad propia, la misma que si se cumple adecuadamente constituye o configura el pago y, de esta forma, extingue la obligación.

No existen, por tanto, obligaciones que para su ejecución no impliquen realizar una actividad propia por parte del deudor, que se traducirá en un efectivo dar, hacer o no hacer, aclarando que en este último caso, es decir, en las obligaciones negativas, lo prevaleciente es una inacción del deudor.

Desde esta óptica, empieza a tornarse imposible distinguir cuál sería el medio y cuál sería el resultado.

[153] Como expresamos en la Primera Parte, tomo I, página 101, de este Tratado, consideramos que la obligación constituye una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último digno de protección. Dentro de esa relación jurídica corresponde al acreedor el «poder» o «derecho de crédito» para exigir la prestación. Si el deudor, vinculado en tal forma, no cumple la prestación o la cumple defectuosamente, por razones a él imputables, responde con sus bienes de dicho incumplimiento, en razón del elemento coercitivo previsto por la ley.

Si adoptamos como ejemplo una obligación de dar una suma de dinero, es claro que probablemente el deudor no requiera efectuar mayores gestiones o actividades para cumplir con ella. Podríamos imaginar el supuesto usual de que el deudor cuente con el dinero debido, en efectivo, y cuando el acreedor fuese a cobrarle, se lo entregara en sus propias manos. En este caso, asumiendo la equivocada clasificación de obligaciones de medios y de resultado, podría decirse que dicho deudor se habría obligado a un resultado, ya que para la ejecución del mismo carecerían de relevancia los medios empleados.

Sin embargo, recurriendo al mismo ejemplo, podríamos llegar a la conclusión inversa, es decir, a que se trata de una obligación de medios, si consideráramos que dicho deudor, al momento de contraer la obligación, no contaba con el dinero necesario para pagarla, y que para lograr su objetivo tuvo que realizar diversos trabajos, cobrar varios créditos, efectuar distintas transferencias de dinero en cuentas bancarias, es decir emplear diversos medios, algunos complejos, para honrar su deuda.

Este escenario nos situaría, probablemente, ante una obligación de medios, ya que en ella las actividades previas al pago resultarían singularmente importantes para el cumplimiento de la obligación.

Como puede apreciarse en un simple y frecuente caso, como es el pago de una suma de dinero, él podría conllevar desde una actividad tan sencilla como que el deudor introduzca la mano en su bolsillo, obtenga el dinero y lo entregue al acreedor, hasta un conjunto de actividades tan complejas como aquellas que formaban parte de la segunda variante de nuestro ejemplo.

Así, ¿acaso resultaría posible —dentro del criterio clasificatorio negado por nosotros— preguntarnos si estamos ante una obligación de medios o ante una obligación de resultados?

Ello es imposible. Lo correcto resulta aludir únicamente a las obligaciones según su naturaleza y, en el caso propuesto, a una obligación de dar.

Como toda obligación implica un deber de conducta, es claro que siempre se va a necesitar de determinados medios (que son la actividad propiamente dicha) para cumplir la obligación, pero no existe ningún espacio vacío o algún «agujero negro» entre la actividad desplegada para el pago y el pago mismo. Esa actividad constituye parte del pago, en tanto que el pago se efectúa realizando dicha actividad.

Ni siquiera podríamos decir que se trata de dos caras de una misma moneda. Es la misma cara de la misma moneda, que debe apreciarse de manera integral y no fraccionada.

Si en la obligación más simple, que ha sido ilustrada con el ejemplo de dar una suma de dinero, resulta imposible demostrar esa diferencia entre los pretendidos medios y los pretendidos resultados, ya podemos imaginar que esa distinción es menos factible de ser apreciada en obligaciones cuya prestación implique la realización de actividades algo más complejas.

Siempre dentro del terreno de las obligaciones de dar, podríamos plantearnos el caso en que el deudor se obligara a la entrega de un bien cierto, por ejemplo un automóvil, el mismo que deberá conservar por el lapso de una semana, para luego entregarlo a su acreedor.

Esta es una simple obligación de dar, pero para los partidarios de las obligaciones de medios y de resultados, tal vez podría ser interesante ingresar a discutir la mucha o poca importancia que tendría el deber de conservación del bien que pesa sobre el deudor, y los escasos o considerables esfuerzos que deberá realizar para conducir el automóvil a destino y entregarlo al acreedor.

No solo sería imposible, sino inútil, que los hombres de Derecho ingresásemos en este tipo de «sutilezas de escuela». Tal distinción carecería de interés práctico, pues al Derecho de Obligaciones solamente le concierne conocer en qué consiste la prestación asumida por el deudor y que este la cumpla, aplicándose al tema los muy razonables principios de equidad en torno de la carga de la prueba, ya sea si la obligación se ha cumplido o si ella no se ha ejecutado.

Dentro de las propias obligaciones de dar, el lector podría imaginar el caso de aquellas que consisten en la entrega de bienes inciertos, para lo cual —tal como fue analizado oportunamente— el Derecho exige que se efectúe una elección previa a la entrega por parte del deudor (o, si ello se hubiera pactado, por el acreedor o por un tercero).

Podría decirse que si el deudor escoge, tal vez llegaría a encontrarse en una situación algo compleja, si resultara difícil determinar qué bienes conforman una calidad no inferior a la media de la especie y, ulteriormente, al efectuar la elección, se determinara que el bien es de calidad inferior a la media.

A lo expresado es posible agregar numerosas dificultades que puede asumir el deudor para entregar el bien, el mismo que (prescindiendo, para efectos académicos, de las prohibiciones legales existentes) podría consistir en un elefante de tres años de edad, que deberá ser capturado vivo en Sudáfrica y entregado al propietario de un zoológico privado ubicado en la localidad campestre de Cieneguilla, en las afueras de Lima.

Nadie duda que ese deudor tendrá que pasar por la ejecución de una serie de actividades que revestirán un alto grado de dificultad (imaginemos el solo hecho de capturar vivo al elefante), además de realizar infinidad de trámites administrativos y cumplir un conjunto de actividades destinadas a trasladar vía marítima a dicho elefante desde el puerto más cercano en Sudáfrica hasta el puerto del Callao, y luego conducirlo, vía terrestre, desde el Callao hasta Cieneguilla.

El cumplimiento de esta obligación, sin duda, originará problemas al deudor, pero aun imaginando que ellos fuesen muchos o pocos, nada importaría hablar de «medios» o de «resultados». Lo relevante es que el animal deberá entregarse sano y salvo al acreedor en su zoológico de Cieneguilla.

Saliéndonos de las obligaciones de dar e ingresando a las obligaciones de hacer, quisiéramos mencionar tres ejemplos que consideramos ilustrativos.

En el primero, imaginemos que un pintor se obliga con el propietario de un inmueble a pintar todos los ambientes del mismo, tanto internos como externos, con una pintura de marca y color previamente convenidos y proporcionada por el dueño de la casa.

Aquí es claro, tratándose de una obligación de hacer, que el deudor deberá adoptar una conducta determinada con el propósito de pintar efectivamente todo el inmueble. Ahora bien, el lector podrá apreciar que no resulta posible distinguir entre la labor misma de pintar la casa y el resultado que consiste en acabar de pintarla. Si ello lo fuera, tendría que asumirse la posibilidad de distinguir entre la ejecución de la prestación y su cumplimiento, lo que sería absurdo, ya que dicha ejecución y ese cumplimiento son exactamente lo mismo, en la medida que el pintor culminará la ejecución de su prestación en el preciso momento en que termine de pintar la casa, habida cuenta que mientras esté pintándola, estará cumpliendo con la prestación debida.

Sería irracional intentar distinguir en esta obligación los medios y los resultados.

Además, debe tenerse en cuenta que de considerarse que esta obligación no tiene carácter *intuitu personae*, ella bien podría ser ejecutada por un tercero a quien el deudor delegue el cumplimiento de su obligación, o el supuesto intermedio en que el pintor se valiera de

terceros para dicho cumplimiento. En estos casos, como en todos aquellos donde resulte posible el pago por un tercero, se podría llegar al absurdo de interpretar que el resultado puede ser obtenido por el deudor sin haber empleado ningún medio propio, sino la ejecución por un tercero. Así, tendríamos ausencia de medios propios, pero logros de resultados propios. De esta forma, si quisiéramos aplicar a estos supuestos la teoría que combatimos, lo único que obtendríamos es un conjunto de absurdos.

Ahora imaginemos dos ejemplos de obligaciones de hacer *intuitu personae*.

Uno de ellos consiste en el cantante que se obliga con una empresa de espectáculos a realizar un concierto, dentro de las especificaciones que han sido materia del contrato celebrado.

En este caso, si el cantante debe instalar los equipos de luces, sonido, efectos especiales, etc., además de brindar el concierto a que se ha obligado, podríamos preguntarnos, ¿dónde comienzan los medios, dónde terminan dichos medios, dónde comienzan los resultados y dónde finalizan esos resultados?

Podría interpretarse que los «medios» comienzan con la instalación de los equipos, pero a ello podría replicarse que dichos «medios» tal vez habrían comenzado antes, cuando el cantante y su empresa empezaron a hacer las gestiones necesarias para su traslado al lugar del concierto.

Por otro lado, se podría sostener que los medios concluirían al terminar de instalarse los equipos y de haber finalizado los ensayos, tanto por parte del cantante como de su grupo coreográfico. Pero este razonamiento también podría ser contradicho, si precisamos que todo el soporte técnico, a la par que los ensayos de la obra, terminarán de ser medios útiles cuando concluya el propio cumplimiento del concierto.

Si bien podría argumentarse que el inicio del concierto representaría el principio del resultado, a ello se podría oponer el argumento de que el concierto es medio y resultado en sí mismo, al igual que todas las actividades previas a su realización que también constituyen medios y resultados en sí mismas, imposibles de distinguir tanto en el plano teórico como en el terreno práctico.

Nuestro tercer ejemplo de obligaciones de hacer recala en una obligación de hacer que concluye en un dar, y que es de naturaleza *intuitu personae*.

Un pintor, artista de nota, es contratado por el fundador de una empresa para que le haga un retrato. En este caso podríamos referirnos a que los medios van a constituir el hacer propiamente dicho de la obligación (es decir pintar el cuadro), en tanto que el resultado consistirá en la entrega del cuadro.

Pero este razonamiento podría ser cuestionado si pensamos que el pintor, luego de culminar su obra, deberá dirigirse al domicilio del referido personaje (si se hubiera convenido que el pago se realizara en el domicilio del acreedor), a efectos de cumplir con la entrega del cuadro. En esta hipótesis se podría argumentar que los medios no terminan sino en el momento en que el cuadro es llevado a destino (el domicilio del acreedor).

Sin embargo, el mismo caso podría ser apreciado desde una óptica radicalmente distinta, si se razonara que solo cuando el bien llegue a destino se habría cumplido con ejecutar la obligación (vale decir, con el pretendido resultado).

Lo dicho deja en claro que podríamos llegar al caos absoluto, a la par que a un interminable y ocioso juego de palabras, cuando sabemos que en estos casos la obligación del deudor (que es una de hacer que concluye en un dar), no podría ser ejecutada si no se pinta y entrega el cuadro.

Entonces, ¿dónde estarían los medios y dónde los resultados? ¿O no será que ambos conceptos se encuentran indisolublemente ligados?

A continuación mencionemos un ejemplo de obligaciones de no hacer.

En el caso de un químico al servicio de un laboratorio farmacéutico, este profesional se encontraría obligado a no revelar durante el proceso de investigación ni al concluirlo las fórmulas y elementos en general de que está compuesto el fármaco. Aquí podríamos preguntarnos, ¿cuáles serían los medios y cuáles los resultados en esta obligación de no hacer?

¿Acaso podría sostenerse que el medio consiste en guardar silencio durante los meses que dure la investigación y que el resultado consistiría en que la investigación culmine manteniéndose la reserva del caso?

Si así fuese, llegaríamos a la conclusión de que el resultado no sería otra cosa que la consecuencia natural de la ejecución de todos los medios empleados, lo que en otras palabras significaría decir que el resultado sería la suma de los medios, esto es de todo el plazo durante el cual el químico deba guardar en secreto el proceso, los compuestos y la fórmula.

¿Pero acaso no resultaría ilógico pensar que el resultado, consecuencia natural de los medios empleados, fuera algo distinto que el fiel cumplimiento de los propios medios? ¿Acaso puede distinguirse entre guardar el silencio debido durante el proceso de investigación, etapa por etapa, y guardar dicho silencio luego de concluido el proceso?

En este caso se aprecia que los medios constituyen el propio resultado y que el resultado no es otra cosa que la ejecución misma de los

medios. Por tanto, insistir en la pertinencia de este tipo de clasificaciones es absolutamente errado.

10.5. Los veintiocho supuestos de René Demogue

Por lo demás, la teoría de René Demogue —independientemente de sus méritos e indiscutible originalidad— no constituye un todo orgánico en materia conceptual, en donde prime un análisis lógico y se llegue a conclusiones de rigor científico.

La doctrina de Demogue no deja de ser un conjunto inorgánico de veintiocho supuestos señalados a manera de ejemplo, bajo el único hilo conductor de distinguir si constituyen obligaciones de medios u obligaciones de resultados.

Entonces, para refutar a Demogue con sus propios argumentos, no es posible enfrentar una teoría orgánica, sino esa casi treintena de ejemplos, en donde el propio Demogue —más allá de sus conclusiones fragmentadas— deja muchísimas dudas y un número no menor de contradicciones insalvables.

Analicemos cada uno de los supuestos que para Demogue dan mérito a la construcción teórica de las obligaciones de medios y de resultados.

Luego de expresar que las obligaciones de resultado se caracterizan por el propio resultado, y que las obligaciones de medios se caracterizan por el empleo de medios que ordinariamente conducen a producir ese resultado, Demogue considera como primer supuesto de obligación de resultados al caso en el cual una persona se obliga a transportar un paquete. Asigna a este caso tal calificación, por estimar que se espera la producción de dicho resultado. Sin embargo, el citado profesor prescinde absolutamente de analizar si el referido transporte requiere —para conseguir el resultado esperado— del empleo de los medios necesarios, los cuales podrían, sin duda, revestir, dependiendo

de las circunstancias, poca, alguna o mucha importancia o dificultad. Tal vez si Demogue hubiera recalado en el empleo de dichos medios, habría llegado a la conclusión de que el ejemplo materia de tratamiento era uno de obligación de medios.

Para nosotros, sin embargo, no existe esa inquietud, en la medida que los medios están indisolublemente ligados a los resultados, de modo tal que sería inconcebible pensar en la entrega inadecuada del paquete, sin que se hubieran ejecutado a plenitud los medios que conducen a tal efecto (y que no hubiere ocurrido un evento de caso fortuito, fuerza mayor o ausencia de culpa).

Por lo demás, esta es, dependiendo de la perspectiva que se observe, una obligación de hacer que concluye en un dar (transportar el paquete y entregarlo) o una obligación de dar propiamente dicha. La naturaleza de la obligación podrá variar de acuerdo con la importancia que otorguemos al transporte y a la entrega del propio paquete. Sin embargo, calificarla de un modo o de otro carece de relevancia, pues tanto su transporte como ulterior entrega constituyen el objeto de la prestación debida.

El segundo ejemplo citado por Demogue es también uno de obligación de resultados, y se refiere a aquella persona que se obliga a construir un edificio. Es evidente que a entender de Demogue lo que importa aquí es la entrega del edificio terminado de construir, pero en este caso, al igual que en el anterior, y tal vez en grado más notorio, serán importantes los medios que el deudor utilice para la construcción del edificio, sin cuyo empleo nunca podría obtenerse el resultado, el mismo que, por lo demás, no es otra cosa que haber terminado de ejecutar la prestación debida.

Por otra parte, preocupa cuando Demogue señala que en estas obligaciones los resultados son esperados, asumiendo el peligroso criterio de sentirse «dueño del futuro», ya que *a priori* jamás podrá saberse si se conseguirá el resultado que se busca, por más que el deudor haga todo lo que esté a su alcance para obtenerlo.

No menos polémico resulta el tercer ejemplo de Demogue, que califica como una obligación de medios, al considerar que el banco, cuando contrata con un cliente el alquiler de una caja de seguridad, solo está obligado a adoptar ciertas medidas de precaución, custodia, conservación y vigilancia para con dicha caja.

Aquí Demogue señala que el banco únicamente se obliga a ello y no al resultado de que el cliente pueda encontrar incólumes los bienes que hubiera depositado en la caja de seguridad.

No vemos qué existe de especial en esta obligación, pues en ella, como en cualquiera otra, el deudor se obliga a ejecutar una prestación. En este caso el banco estaría obligado a ejecutar una prestación de hacer, que implica un comportamiento propio de custodia respecto de la caja de seguridad del cliente, al igual que asume una prestación de no hacer, en el sentido de no abrir ni manipular en modo alguno la caja de seguridad o su contenido.

Por lo demás, en estos casos resultaría de plena aplicación el régimen probatorio de inejecución de obligaciones, en la eventualidad de que, por ejemplo, se hubiese producido la pérdida total o parcial, por robo, del contenido de la caja de seguridad que el cliente ha contratado en la bóveda del banco.

Ante dicho incumplimiento, conforme a la legislación peruana, deberá presumirse que el banco incumplió con culpa leve, pudiendo el cliente afectado agravar la responsabilidad de la institución financiera, si probara que el incumplimiento obedeció a dolo o culpa inexcusable. Dentro del mismo régimen legal peruano el banco, a su turno, tendría la posibilidad de eximirse de responsabilidad, demostrando que el incumplimiento ocurrió a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias de la obligación, o por

causas derivadas de caso fortuito o fuerza mayor o de ausencia de culpa.

En el caso analizado de las cajas de seguridad de los bancos, vemos que poco importa hablar de medios o de resultados. Simplemente corresponde referirnos a las obligaciones asumidas por el banco, a su cumplimiento, a su eventual incumplimiento y a las causas que hubieran motivado este incumplimiento.

En cuarto lugar Demogue cita otro ejemplo de una obligación que califica como de medios: la del guardián que se obliga a vigilar una propiedad, caso en el cual, según Demogue, esa persona solo debe adoptar precauciones y no promete que el dueño la encontrará intacta.

Resulta claro que en este caso nos encontramos ante una obligación de hacer *intuitu personae*, a través de la cual dicho guardián se compromete a resguardar el bien de la manera más adecuada. Pero, ¿acaso podría sostenerse que el guardián únicamente es contratado para estos efectos y no para entregar el bien al propietario, cuando corresponda, en las mismas condiciones en que lo recibió? ¿Acaso solo interesan las precauciones que adopte y no los resultados que obtenga fruto de dichas precauciones? ¿Cómo se podría desligar el cumplimiento de la prestación de hacer del resultado mismo, a la par que cómo se podría desligar dicho resultado del correcto cumplimiento de la obligación asumida?

Utilizando la clasificación creada por el propio Demogue, podríamos llegar a sostener que en este caso estaríamos en presencia de una obligación de resultados y no de una de medios. Pero tan absurdo sería sostener lo primero como lo segundo, pues simple y llanamente nos encontramos frente a una obligación de hacer.

El quinto ejemplo citado por René Demogue es el del conductor de un vehículo, respecto de quien considera que solo contrae una

obligación de medios con el viajero, en relación con el equipaje de mano que este último no haya hecho registrar.

Ante todo, el equipaje de mano no registrado como equipaje acompañado constituye parte de las pertenencias del viajero, como sería el caso del bolso para una señora, del maletín de un ejecutivo, del juguete de un niño o de alguna prenda de vestir que el pasajero lleve en la mano para la eventualidad de algún cambio climático en el lugar de destino o en el propio trayecto.

Si el transportista permite que los pasajeros porten estos equipajes, podría no estar obligado a su custodia en términos tan absolutos como sí lo estaría respecto del equipaje registrado, pero sí estará obligado a permitir que estos pasajeros puedan portar, con la comodidad del caso, el equipaje de mano, y a permitirles que lo depositen en algún lugar del vehículo a fin de que puedan llegar a destino con total resguardo de su integridad.

En este caso resulta imposible, a todas luces, determinar cuál sería el medio y cuál sería el resultado.

Se trata, en suma, de una simple prestación que consiste en hacer todo lo posible para que el equipaje no sufra daños en el transporte, además de la prestación de no hacer que se asume para evitar que dichos bienes sean manipulados por el propio transportista o por la tripulación de manera indebida.

El sexto ejemplo citado por Demogue es el del médico, quien no promete la curación del paciente sino solo sus cuidados. Es evidente que dentro de su lógica califica a tal obligación como una de medios.

El ejemplo del médico ha sido y es utilizado de manera reiterada por toda la doctrina de nuestra tradición jurídica, prácticamente como un arquetipo de la pretendida distinción entre medios y resultados.

Más allá de volver a ocuparnos del tema al abordar posteriormente diversos supuestos de responsabilidades específicas, en términos generales es desde luego imperativo que un médico actúe con ética y de modo diáfano, obligándose a tratar a su paciente con la mayor diligencia y con los conocimientos que posea, a fin de brindarle el tratamiento que considere más adecuado para la curación o alivio de su dolencia. Si la pregunta se refiere a cuál es la obligación que asume el médico, resulta claro que es una de hacer, la misma que consiste en realizar todo cuanto esté a su alcance para lograr la mejoría del paciente.

No podría sostenerse en este caso que el médico se haya obligado a curar al paciente, porque ello constituiría una promesa irresponsable.

Entonces podemos llegar a concluir que en el caso de la obligación del médico respecto del paciente, no es que el intentar curarlo sea obligarse a los medios para obtener necesariamente un resultado ulterior, ya que el resultado ulterior no ha sido materia de la obligación asumida por el médico con el paciente.

No entendemos la razón por la cual la obligación de tratar a un paciente deba ser considerada como un medio y no como un fin en sí mismo, ya que solo si se prometiese la curación los intentos del médico por lograr que sane el paciente tal vez pudieran ser vistos como un medio. Pero, a nuestro entender, tal promesa solo constituiría un acto ajeno a la ejecución de la prestación asumida.

Nada más. Pero sobre el tema, lo reiteramos, volveremos al ocuparnos de la responsabilidad civil de los profesionales de la medicina.

El séptimo ejemplo que inquieta a Demogue es saber si el hospedante tiene, respecto al turista, una obligación de resultados en relación con el equipaje que este último hubiera llevado al establecimiento.

Con prescindencia de lo que anotaremos al analizar en detalle este supuesto específico de responsabilidad, el establecimiento de hospedaje está obligado a mantener la custodia que las circunstancias, categoría y demás consideraciones aconsejen respecto de dicho equipaje, custodia que constituye parte de una obligación de objeto plural, con prestaciones de hacer y de no hacer.

Nos preguntamos, ¿en este caso cuáles serían los medios y cuáles los resultados? Sin duda, resultados y medios se identifican con la ejecución de la propia prestación.

Luego, en octavo lugar, Demogue aborda el tema de la obligación de seguridad que tiene la empresa respecto del obrero, la misma que él califica como de medios, en contraposición a un sector de la doctrina que la considera de resultados.

Nos parece irrelevante la discusión abierta por Sainctelette y recogida por Demogue, pues es claro que toda empresa, y especialmente las dedicadas a cualquier actividad industrial, deberán tomar las medidas de seguridad adecuadas, con el propósito de que no se produzcan accidentes entre los trabajadores, en la misma medida en que los trabajadores deberán adoptar todas las precauciones necesarias a fin de evitar cualquier accidente. De esta forma, al tener ambas partes deberes impuestos tanto por la ley como por la relación contractual que las vincula, si ocurriese un accidente, el caso se reduciría a probar quién incumplió con esos deberes de seguridad, lo que, en buena cuenta, representa conocer quién fue el culpable del accidente producido.

En noveno lugar, Demogue piensa que la obligación del conductor de un automóvil respecto de las personas que transporta es una obligación de resultados.

Sin perjuicio de volver sobre el tema al estudiar las responsabilidades específicas, para nosotros es claro que se trata de una obligación de hacer propiamente dicha y que no merece un tratamiento distinto —en cuanto al régimen probatorio— que cualquier otra obligación nacida de fuente contractual y que hubiera sido materia de incumplimiento. Nos parece absurda la sutileza planteada por Demogue en el

sentido de que el conductor no promete tomar todas las medidas ordinarias para el transporte y observar las precauciones que imponen la prudencia y los reglamentos de tránsito, sino que solamente se obliga a conducir al pasajero sano y salvo a su destino.

Esta distinción no resulta razonable, en la medida que podría ser imposible conducir a un pasajero —sano y salvo— a destino si se contravinieran todas las medidas de seguridad (incluyendo las más elementales) y se violaran todos los reglamentos de tránsito (incluyendo aquellos preceptos de observancia básica). Lograr el resultado sin el empleo de los medios idóneos equivaldría a algo así como ganar la lotería sin haber comprado un boleto.

Igualmente inútil es la discusión que Demogue plantea como décimo supuesto, cuando se pregunta si en el contrato de remolque marítimo se promete el resultado o solamente hacer todo lo posible para conseguir tal resultado.

Aplicamos a este caso, *mutatis mutandis*, las mismas consideraciones formuladas con ocasión del supuesto inmediatamente anterior.

Como undécimo, duodécimo y décimo tercer ejemplos, Demogue considera como obligaciones de resultados la del inquilino, la del depositario y la del comodatario, respecto de la devolución del bien que se les ha entregado.

En estos tres casos podemos apreciar con mayor nitidez la irrelevancia de tal distinción.

Decimos esto, porque cualquiera de los tres contratantes está obligado a conservar adecuadamente el bien y a mantenerlo en el estado en el que lo recibió, devolviéndolo en esas condiciones, sin mayor deterioro que el que imponga el uso normal del bien (en los casos del inquilino y del comodatario) e intacto (en el caso del depositario).

Para nosotros es claro que los tres contratantes deberán conservar adecuadamente el bien; que el inquilino y el comodatario deberán usarlo de manera responsable, sin ocasionarle daños, y que el depositario no podrá usar el bien, salvo autorización expresa del depositante. Así, teniendo como premisa que el bien debe ser devuelto en el mismo estado en el que se entregó, si hubiera sufrido deterioro cualquiera de los tres contratantes mencionados se encontraría obligado a repararlo (si ello fuera posible) y a devolverlo en las mismas condiciones en que lo recibió. Todo esto, abordando el problema a grandes rasgos, y con prescindencia de la causa que hubiera ocasionado el daño, lo que no constituye materia de esta parte de nuestro estudio.

De otro lado, en los tres casos señalados por Demogue como obligaciones de resultado, también podría sostenerse, empleando su misma lógica, que se trata de obligaciones de medios, en la medida que si los bienes alquilados, prestados o depositados, no se cuidaran adecuadamente o no se repararan (si ya hubiesen sufrido daño), el deudor estaría imposibilitado de cumplir con su obligación.

En decimocuarto lugar, y calificándola como una obligación de medios, Demogue cita el caso del mandatario o representante que promete trabajar con la debida prudencia para ocuparse de intereses ajenos (los del mandante).

¿Aquí cuáles serían los medios y cuáles los resultados? ¿Acaso en un supuesto de inejecución no tendrían que responder solamente quienes hubiesen actuado culposa o dolosamente? ¿Acaso podría conseguirse el objeto del mandato, si no se actuara ciñéndose a los términos de la relación contractual?

En decimoquinto lugar, y en sede de responsabilidad extracontractual, estima Demogue que un chofer solo tiene una obligación de medios (la de actuar con prudencia), estando obligado a no causar daño a nadie.

Esta distinción es verdaderamente bizantina.

Más allá de lo relativo a los reglamentos de tránsito, vale decir a cuestiones de orden administrativo, es claro que para el Derecho de Obligaciones interesará que el conductor no cause un daño a otro, pues será el hecho generador del daño aquel que originará la aplicación de los preceptos de responsabilidad extracontractual, en la misma medida en que si no hubiese daño no habría obligación que indemnizar.

Ahora bien, si el conductor causó daños a terceros, tendrá el deber de indemnizarlos, a menos que demuestre que el daño se originó sin su culpa o que obedeció a caso fortuito, a fuerza mayor o a culpa de la víctima, habiendo actuado dicho conductor con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

En decimosexto lugar, Demogue califica como obligaciones de resultados a aquellas derivadas de responsabilidad por riesgo creado, comprendiendo dentro de las mismas el supuesto de responsabilidad del comitente (decimoséptimo supuesto), de los hechos de los dependientes (decimoctavo supuesto), de los hechos de los animales (decimonoveno supuesto), de los daños producidos por las cosas (vigésimo supuesto), de la ruina de los edificios (vigésimo primer supuesto) y de los daños causados por menores de edad (vigésimo segundo supuesto).

Por nuestra parte, pensamos que dentro de la propia lógica de Demogue sería cuestionable la calificación de estas obligaciones como de resultados, pues los eventuales responsables, en los ejemplos a que hemos hecho referencia, tendrían que haber adoptado todas las precauciones del caso con el propósito de que no se produjeran daños a terceros respecto de aquellos bienes, animales, cosas, negocios o personas que tuvieran bajo su custodia o responsabilidad.

Posteriormente, en su vigésimo tercer supuesto, Demogue califica como obligación de resultados aquella que la ley impone al inquilino respecto del arrendador, en caso de que este último sufra las consecuencias de un incendio producido en el inmueble, considerando que ello debe ser así porque el inquilino ha prometido al arrendador un resultado, consistente en la restitución del inmueble.

No vemos en esta hipótesis ninguna obligación susceptible de calificarse como de medios o de resultados. Simplemente se puede decir que la responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones obedece a una infracción de la obligación de conservar el bien de manera óptima (obligación de hacer) o, en todo caso, de la obligación de no hacer consistente en abstenerse de realizar cualquier acto que pudiera implicar riesgo o peligro para la conservación del inmueble.

Aquí también se confunden los medios y los resultados. Ellos son imposible de ser distinguidos. En todo caso, simplemente debe hablarse de obligaciones de hacer y de no hacer; y de si estas se cumplen o no.

Más ilógico todavía resulta cuando Demogue distingue la obligación que acabamos de mencionar (que califica como de resultados) de aquella que tiene el inquilino respecto del vecino, en relación con los eventuales daños que le causara un incendio producido en el inmueble que ocupa (vigésimo cuarto supuesto). Demogue considera que en este caso el arrendatario no debe a su vecino un resultado, sino únicamente el tomar las medidas impuestas por la prudencia.

Pensamos que en este caso no son necesarias mayores consideraciones para combatir el planteamiento de Demogue, pues tal distinción obedece más al criterio de que la primera obligación es una nacida de fuente contractual, en tanto que la segunda proviene de fuente extracontractual, hecho que en este caso no puede conducirnos a otorgar soluciones jurídicas distintas a un mismo problema (todo ello, naturalmente, con prescindencia de la mecánica probatoria).

Independientemente de los supuestos calificados por Demogue como obligaciones de medios y de resultados, deviene en equivocada la idea expresada por él, compartiendo el parecer de Gabba, cuando estima que en todos los contratos que versen sobre los servicios de una persona experta, no nos encontraremos en presencia de una obligación de carácter contractual, pues dicho acto otorga al deudor la facultad de emplear su libertad, de modo tal que si hace un uso indebido de ella se configuraría un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Esta distinción es contraria a la razón y al Derecho. Para calificar a una obligación como contractual o extracontractual debe prescindirse de su contenido u objeto, ya que en estos casos lo importante es la fuente que le ha dado origen o nacimiento.

Resulta de evidencia palmaria que si la obligación ha nacido de un contrato, deberá calificarse como contractual, en tanto que si hubiera tenido origen en la ley, recibirá el calificativo de legal o extracontractual, ocurriendo lo propio respecto del calificativo que merece la inejecución de obligaciones originadas en el incumplimiento de obligaciones de uno u otro tipo.

Como vigésimo quinto supuesto, Demogue califica a la obligación que asume un abogado como una de medios —al igual que la del médico, supuesto ya mencionado por Demogue y del cual nos hemos empezado a ocupar en páginas precedentes—.

Es absurdo considerar que el abogado de conducta responsable asuma con su cliente una obligación de medios. Si de lo que estamos hablando (ya que pueden existir infinidad de variantes) es del caso en que el abogado se obliga a asumir la defensa de un cliente en un proceso judicial (típico ejemplo académico de nuestra tradición jurídica sobre este particular), dicho profesional se estará obligando —entre otras prestaciones— a un hacer, el mismo que consiste en defender a

su cliente de acuerdo con sus conocimientos, aptitudes y capacidades, respetando las normas básicas que imponen el Código de Ética Profesional, la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como las leyes procesales y sustantivas pertinentes.

Sin perjuicio de volver sobre el punto al tratar este tema, como singularmente ilustrativo, de la teoría del hecho ajeno (promesa de la obligación o del hecho de un tercero), es claro que el abogado cumple con ejecutar la obligación asumida, si es que se ciñe a aquello que ha sido materia de convenio con su cliente, con prescindencia del resultado del proceso judicial, vale decir, de si gana o pierde el juicio, o si se produce la culminación del mismo con una resolución que no ampare plenamente las pretensiones del demandante (o denunciante) ni del demandado (o denunciado).

¡Cuándo terminarán de entender algunos autores que en un supuesto de esta naturaleza tampoco puede hablarse de medios ni de resultados, ya que si se quisiera emplear esta terminología, las actividades desplegadas por el abogado (es decir los medios) constituirían a su vez el propio resultado, el mismo que no consiste en otra cosa que asumir una idónea defensa de su cliente en el proceso!

De otro lado, hace mal Demogue en expresar que las actividades de todo obrero (vigésimo sexto supuesto), sea del grado que fueren, constituyen una obligación de resultados.

Si lo que llevó al profesor francés a esta afirmación es el hecho de que la actividad del obrero implica un menor razonamiento que el del abogado o el del médico, está equivocado, pues esta situación también resulta irrelevante, ya que lo que importa es que la obligación sea ejecutada. Aquí tampoco hay medios ni resultados. Simplemente hay una obligación que tiene que cumplirse.

Pero más grave es equiparar la actividad de cualquier obrero con la de un arquitecto (vigésimo séptimo supuesto), señalando que en este caso

también la obligación será de resultados, pues dichos resultados pueden ser conseguidos de manera casi certera con la tecnología apropiada.

De esta última afirmación surgiría la interrogante de si en el fondo Demogue considera a las obligaciones de medios como aquellas cuyo resultado es incierto (pues, dada la tecnología existente, no se podría asegurar que el mismo se vaya a producir), en tanto que calificaría como obligaciones de resultados a aquellas «de cumplimiento casi certero» (siempre atendiéndose a los avances de la ciencia y de la tecnología).

Nada nos puede hacer predecir, por más avanzados que sean los medios con los que contemos, que, dentro de la distinción de Demogue, se va a llegar a cumplir un resultado. Y, además, avanzados o no que sean los medios, siempre se les tendrá que emplear como actividad, la que, en sí misma, constituye ejecución de la prestación debida (con lo que se entremezclan y confunden —una vez más— los inútiles conceptos de medios y de resultados).

Finalmente, Demogue concluye sus ejemplos con el de la obligación de dar un bien cierto (vigésimo octavo y último supuesto), que la considera como una obligación de resultados, y cuyo análisis ya hemos abordado en nuestras consideraciones preliminares sobre las obligaciones de medios y de resultados, antes de estudiar los veintiocho casos expuestos por el profesor francés. Por ello, remitimos al lector a lo expresado oportunamente.

Para concluir nuestros comentarios en torno al tema de las obligaciones de medios y de resultados, debemos subrayar que tal distinción nos parece inútil, en la medida que todo deudor, cualquiera que sea su actividad, profesión, u oficio, se obliga a ejecutar una obligación, ya sea de dar, de hacer o de no hacer. Y, precisamente, cumplirá dando, haciendo o no haciendo aquello a que se obligó.

Los hombres de Derecho no debemos partir del supuesto que todas las personas, cuando contraen una obligación, asumen necesariamente un deber de conducta que deba ir más allá de lo que convengan como acreedor y deudor.

En el típico caso del médico, utilizado a manera de ejemplo por Demogue y comentado por nosotros en reiteradas ocasiones, consistente en el profesional que recibe en consulta a un paciente, es evidente que el paciente, el médico y la sociedad en su conjunto tienen el más ferviente deseo de que el paciente se cure de la dolencia que padece. Pero no deben confundirse estos buenos deseos con aquello que constituye el objeto de la obligación, pues el mismo consiste en hacer todo lo que esté al alcance de sus conocimientos para sanar al paciente.

Creemos que esta confusión entre los buenos deseos de que se presente una situación posterior óptima condujo a Demogue, entre otras razones, a pretender diferenciar, jurídicamente hablando, los medios de los resultados, cuando medios y resultados son exactamente lo mismo, porque en el Derecho de Obligaciones, salvo determinados casos de excepción que serán analizados de inmediato, nunca podrá conseguirse un resultado sin el empleo de los medios necesarios. Esto equivale a decir que, también en el lenguaje jurídico, nunca podrá pagarse, en estricto, si no se ejecuta la prestación.

10.6. La obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble cierto como supuesto excepcional a la regulación común de las obligaciones

A lo largo de la última parte del Tomo I de esta obra,[154] analizamos la problemática de la transferencia de propiedad de los bienes en ge-

[154] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.* Primera Parte, tomo I, pp. 339-501.

neral, y, particularmente, la obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble cierto.

En esas páginas el lector pudo apreciar que el principio por el cual la sola obligación de enajenar hace al acreedor propietario de un bien inmueble cierto, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (recogido por el artículo 949 del Código Civil Peruano de 1984), es un precepto que viene reiterando el mismo principio que acogió toda la legislación civil nacional, desde el Código de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, pasando por los Códigos de 1852 y de 1936.

Pero dicho principio no nació en el Derecho Peruano, sino que tuvo su origen en el Derecho Francés, con el Código Napoléon. Esto obedeció a la enorme revalorización, luego del proceso revolucionario, del derecho a la propiedad privada, el mismo que fue mencionado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como un derecho natural del hombre.

Por otra parte, cuando la estabilidad retornó a Francia, primero con el Directorio y luego con Napoléon Bonaparte, el derecho de propiedad fue consolidándose y se adoptó como el principal de los derechos naturales del hombre. Se podría decir que en los hechos se consagró su sacralización, tal como se había establecido en la Declaración referida.

Sin duda que como la libertad, la independencia y la seguridad económica exigían en Francia la existencia de un derecho de propiedad sólido y estable, el Código de 1804 elaboró todo el sistema de protección de las obligaciones y contratos, en absoluto resguardo del más importante derecho patrimonial sobre el que se construía esa nueva sociedad.

De ahí que el *Code* estableció un principio absolutamente excepcional, el mismo que no tenía otra finalidad que asegurar una efectiva transferencia del derecho de propiedad.

De esta forma, los artículos 1182, 1582 y 1583 acogieron el principio por el cual cuando un deudor se obligaba respecto del acreedor a transferirle la propiedad de un bien cierto, dicha transferencia operaba acto seguido del nacimiento de la obligación de enajenar.

El sistema francés, con sus bondades y defectos, fue adoptado por la legislación civil peruana, probablemente sin mayor reflexión, pues los motivos que invariablemente han llevado al legislador a incluir esas normas, no han sido materia de discusión explícita en el Derecho Peruano.

Ahora bien, dentro de la línea de pensamiento que hemos asumido y expresado a lo largo de esta obra, en el sentido que los contratos —por sí mismos— no transfieren la propiedad de bienes, sino que ellos simplemente son creadores, modificatorios, regulatorios o extintivos de obligaciones, tenemos entonces que el contrato solo debería ser capaz de crear la obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble cierto, pero no de transferir dicha propiedad.

Esto significa que cuando hablamos de la transferencia de propiedad, nos estamos refiriendo a la ejecución de la prestación debida.

Entonces pueden surgir, como de hecho surgieron, cuestionamientos: ¿cómo podría entenderse que la obligación de transferir una propiedad inmueble en el Perú constituye la ejecución de una prestación, si toda prestación consiste en una actividad humana de dar, hacer o no hacer?

Y ello obedece a que el artículo 949 del Código Civil prescribe que la propiedad inmueble se transfiere por la sola obligación de enajenar, sin que el deudor necesite ejecutar la prestación, la misma que se ve cumplida por la simple aplicación de la norma legal.

Lo expresado obedece a que el precepto nacional, por tener su fundamento en los textos franceses, entiende que tratándose de la

más importante de las obligaciones susceptibles de ser asumidas por los seres humanos, no da oportunidad para que el deudor incumpla (sometiéndolo al régimen general de inejecución de obligaciones), sino que la propia ley —a través del artículo 949, en el caso peruano— da por ejecutada automáticamente la prestación.

Hemos querido mencionar el artículo 949 del Código Civil, pues el mismo constituye una excepción al cumplimiento de las prestaciones por parte de quienes asumen tal obligación, ya que en estos casos es la propia ley la que la ejecuta.

Finalmente, y como conclusión, el lector podrá apreciar que en este supuesto tampoco resulta posible hablar de obligaciones de medios y de resultados, ya que la obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble se cumple por mandato de la propia ley, inmediamente después de que se contrae tal obligación.

10.7. La promesa de la obligación o del hecho de un tercero como excepción al régimen común de ejecución de las obligaciones

Cuando criticamos la teoría de René Demogue sobre las obligaciones de medios y de resultados, nos referimos, entre otros, al ejemplo relativo a las obligaciones de los abogados para con sus clientes, como un caso ilustrativo.

No es que dicho tema constituya el único supuesto del razonamiento que vamos a efectuar en el análisis de las obligaciones de medios y de resultados, sino que, al ser uno de los más frecuentemente mencionados por la doctrina, y por tanto, de los más conocidos, nos da pie para abordar la materia.

Si la doctrina de Derecho de Contratos omite pronunciarse sobre el particular, valgan estas páginas para plantear la necesidad de una reflexión acerca del tema, a la vez que para emitir nuestro propio parecer.

Siguiendo un hilo conductor del problema, nos referiremos concretamente al caso del abogado que al asumir el patrocinio de un proceso judicial se obligue con su cliente a «ganar el juicio».

Aquí podría pensarse que Demogue tenía razón y que existen obligaciones de resultados (por oposición a las de medios), siendo este supuesto el de una obligación de resultados.

En una hipótesis como la descrita, no deseable dentro del campo de la ética profesional, pero común en la práctica, el abogado únicamente está prometiendo que su cliente vencerá en el proceso, vale decir, que su pretensión (si se tratara de un proceso civil, por ejemplo) será declarada fundada en última instancia, o que el cliente ganará el juicio por la ocurrencia de cualquier otra circunstancia que conduzca a similares resultados.

Existe una frase muy antigua en relación con los procesos judiciales, la misma que reza que «En un juicio no basta tener la razón sino que a uno se la quieran dar». Esto significa que todo proceso judicial, por más sólidas razones jurídicas que una persona aduzca, implica necesariamente un grado de aleatoriedad, en la medida en que nadie puede tener la absoluta certeza que será vencedor. Esto porque ni las partes ni sus abogados son quienes se encargan de resolver el litigio. Las sentencias judiciales son pronunciadas por los magistrados y, por ello, son terceros en relación con las partes contratantes (abogado y cliente).

De esta forma, cuando el abogado promete a su cliente que vencerá en el juicio, no se trata de otra cosa que de la promesa del hecho de un tercero.

La promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un tema que ha merecido interesante regulación en los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil Peruano de 1984, al igual que tuvo anterior tratamiento, entre otros, por el Código Civil Francés, el Código Civil

Chileno, el Código Civil Colombiano, el Código Civil Ecuatoriano, el Código Civil Venezolano de 1880, el Código Suizo de las Obligaciones, el Código Civil Argentino, el Código Civil Italiano de 1942, el Código Civil Venezolano de 1942, el Código Libanés de las Obligaciones, el Código Civil de la Provincia de Québec y el Código Civil Boliviano de 1976, y luego por el Código Civil Paraguayo de 1987.[155]

---

[155] Los textos de los referidos numerales son los siguientes:
- Código Civil Peruano de 1984
Artículo 1470.- «Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente».
Artículo 1471.- «En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero».
Artículo 1472.- «Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización».
- Código Civil Francés
Artículo 1120.- «No obstante, cabe garantizar la obligación de un tercero, prometiendo el hecho de éste; salvo indemnización contra aquel que haya garantizado o que haya prometido que se ratificará, si el tercero se niega a mantener la obligación».
- Código Civil Chileno
Artículo 1450.- «Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa».
- Código Civil Colombiano
Artículo 1507.- «Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa».
- Código Civil Ecuatoriano
Artículo 1493.- «Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa».

- Código Civil Venezolano de 1880
Artículo 1082.- «Puede uno obligarse para con otro, prometiendo el hecho de un tercero. Esta promesa sólo dá derecho a indemnización contra aquel que se ha obligado, o que ha prometido la ratificación del tercero, si este rehúsa cumplir la obligación».
- Código Suizo de las Obligaciones
Artículo 111.- «Aquél que promete a otro el hecho de un tercero, está obligado a indemnización por causa de inejecución por parte de ese tercero».
- Código Civil Argentino
Artículo 1163.- «El que se obliga por un tercero, ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer pérdidas e intereses, si el tercero se negare a cumplir el contrato».
- Código Civil Italiano de 1942
Artículo 1381.- «Promesa de la obligación o del hecho de un tercero.- El que hubiere prometido la obligación o el hecho de un tercero queda obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero se negara a obligarse o no cumpliera el hecho prometido».
- Código Civil Venezolano de 1942
Artículo 1165.- «El que ha prometido la obligación o el hecho de un tercero, está obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero rehúsa obligarse o no cumple el hecho prometido».
- Código Libanés de las Obligaciones
Artículo 226.- «Esta regla (la de la relatividad de los contratos) no tiene excepciones desde el punto de vista pasivo: la promesa por otro obliga a su autor si él ha actuado como garante y si se ha comprometido a obtener el consentimiento del tercero; pero éste conserva toda la libertad para conceder o para rehusar su ratificación.
El rehusamiento de la ratificación no importa responsabilidad alguna para el tercero, pero convierte al garante susceptible de indemnización en razón de la inejecución del hecho que había asumido, expresa o tácitamente.
La ratificación retrotrae, en cuanto a los efectos entre las partes, al día del contrato; respecto a terceros, ella sólo es eficaz desde el día en que ha sido concedida».
- Código Civil de la Provincia de Québec
Artículo 1028.- «Una persona no puede, por un contrato en su propio nombre, obligar sino a sí misma y a sus herederos y representantes legales; pero puede prometer en su propio nombre que un tercero cumplirá una obligación, y en este caso será responsable de daños, si el tercero indicado no cumple con esta obligación».
- Código Civil Boliviano de 1976
Artículo 531.- «Si se ha prometido la obligación o el hecho de un tercero, el promitente queda obligado a indemnizar al otro contratante, cuando el tercero rehúse obligarse a cumplir el hecho prometido».
- Código Civil Paraguayo de 1987
Artículo 730.- «El contrato celebrado a nombre propio, por el que se promete la prestación de un tercero, será obligatorio si el promitente hubiere garantizado la ratificación o el cumplimiento por parte de aquél. En la duda, se entenderá que sólo fue

En el Perú esta materia ha sido estudiada de manera muy prolija por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle.[156]

Como señala el citado profesor, en doctrina existen hasta cinco posiciones respecto a cuál es el verdadero contenido de la obligación que asume el promitente de obtener que un tercero asuma a su vez otra obligación.

En una primera teoría, Messineo y Planiol y Ripert, entre otros, consideran que el promitente ofrece un hecho propio o una actividad propia, de obtener la asunción de la obligación por el tercero, constituyendo una obligación de hacer que, dentro de la terminología de Demogue, se calificaría como obligación de resultados.

Con un segundo criterio, Stolfi y Allara sostienen que la obligación del promitente solo se cumple cuando el tercero, a su vez, cumple su obligación. Para ellos se trata de una obligación de procurar el hecho del tercero.

Una tercera opinión, sostenida por Ripert y Boulanger, afirma que la obligación tiene por objeto que el tercero consienta en obligarse o en hacer el hecho que se hubiere prometido.

La teoría que tiene mayor número de seguidores es aquella sostenida por Wieland, Carnelutti, Laurent, De Ruggiero, Salvat y Barassi,

garantizada la ratificación. Prestada ésta, las relaciones entre el estipulante y el tercero serán juzgadas como si el contrato se hubiera ajustado directamente entre ellos».
Artículo 731.- «Si en el caso del artículo anterior, no se ratifica la promesa o no se cumple la prestación ofrecida, el estipulante podrá exigir daños e intereses al promitente.
Si éste no hubiere garantizado la ratificación o el cumplimiento, sólo será responsable si no se ha ocupado de obtenerlos o si no se los obtuvo por su culpa».

156 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato Privado*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1983, tomo II, pp. 278-288.

entre otros, la misma que pone énfasis en algo que las anteriores habían dejado en la sombra, es decir, la obligación de indemnizar que asume el promitente en caso de no poder cumplir con su ofrecimiento.

En quinto lugar tenemos a la teoría planteada inicialmente en la doctrina francesa por Boulanger y en la doctrina italiana por Scalfi, recogida en Argentina por Spota y en España por Gullón Ballesteros, la misma que sostiene que el promitente asume una obligación de garantía, que consiste en la asunción frente al promisario del riesgo de que el tercero no cumpla.

Luego de exponer las teorías anotadas, De la Puente señala que ante la necesidad de tomar posición respecto de cuál es el contenido de la obligación del promitente, considera que la idea capital que debe servir de guía para llegar a una solución adecuada es que nadie puede crear una obligación a cargo de un tercero sin el asentimiento de este, de tal manera que la obligación del promitente no puede ir más allá que comprometer su actividad para obtener el asentimiento del tercero frente al promisario.

Pero estima De la Puente que el asentimiento del tercero, por ser un acto volitivo de este, no depende —en lo absoluto— del poder del promitente, ya que el tercero puede ser persuadido, pero no obligado, a asentir, por lo cual el promitente, ante su debilidad de asegurar el cumplimiento de su promesa, ofrece al promisario una prestación sustitutoria, que está constituida por la indemnización del daño que pueda sufrir el promisario por no obtener lo que el promitente le ha ofrecido en primer término, o sea el asentimiento del tercero.

De todo ello, el citado profesor concluye en que lo que ofrece el promitente al promisario, más que la obligación del tercero, es que este preste su asentimiento a asumir una obligación, comprometiéndose el promitente a sustituir el asentimiento del tercero, en caso de

no poder obtenerlo, con la indemnización del perjuicio que la falta de aquel asentimiento irrogue al promisario.[157]

En una obra posterior, el propio De la Puente[158] manifiesta que el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero ha constituido para él un angustioso problema que ha intentado solucionar de diversas maneras.

Acto seguido de expresar su posición original, la misma que hemos reseñado anteriormente, anota que luego (en el año 1988)[159] va-

[157] El primer estudio del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle sobre la materia concluye en cinco puntos, que resulta interesante reproducir:
«1. Es permitido que contractualmente una persona, llamada 'promitente', prometa a otra, llamada 'promisario', que un tercero asumirá una obligación frente al promisario, comprometiéndose el promitente a indemnizar al promisario si el tercero no cumple.
2. El compromiso que asume el promitente es que el tercero preste su asentimiento a obligarse frente al promisario, y no a que el tercero cumpla la prestación en que tal obligación consista.
Sin embargo, no existe inconveniente para que convencionalmente se estipule que la promesa del promisario comprenda el compromiso de que el tercero cumpla la prestación que consienta asumir.
3. La indemnización que el promitente se obliga a pagar al promisario en el caso de que el tercero no preste su asentimiento a obligarse frente al promisario tiene el carácter de prestación sustitutoria de aquella que el tercero no asumió.
4. La asunción de esta obligación sustitutoria determina que el promisario no podrá exigir la ejecución forzada de la prestación del tercero que el promitente prometió. Si el contrato entre el promitente y el promisario fuera de prestaciones correlativas, el promisario no podrá oponer la excepción del incumplimiento ni pedir la resolución del contrato por incumplimiento de la prestación de obtener el asentimiento del tercero.
La ejecución forzada, si fuera posible, la excepción de incumplimiento y la resolución por incumplimiento sólo procederán si el promitente no cumpliera la prestación sustitutoria constituida por la indemnización.
5. El promisario no podrá, salvo pacto expreso en contrario, reclamar al promitente el cumplimiento de la prestación que el tercero no hubiera asumido».

[158] De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General*, Segunda Parte, tomo VI, pp. 25 y ss.

[159] El citado profesor se refiere a un trabajo de su autoría titulado «Algunas cuestiones

rió en algo su planteamiento, opinando que, si bien el compromiso principal del promitente, o sea la obligación o el hecho del tercero, es una obligación de conducta —en el sentido que el promitente se compromete a hacer lo posible, en cuanto esté a su alcance, para convencer al tercero que se obligue frente al promisario o ejecute en su favor el hecho convenido—, como lo que busca el promisario al celebrar la promesa es conseguir para sí la obligación o el hecho del tercero y el promitente no está en aptitud de procurarle esto, no obstante lo cual se lo promete al promisario, quien es también consciente de la debilidad del promitente para cumplir lo prometido, existe un riesgo conocido de posibilidad de incumplimiento de la promesa.

Consideraba De la Puente que, a fin de cubrir el riesgo por él creado, el promitente ofrece al promisario una prestación que sustituya a la obligación o al hecho del tercero, en caso de no poder obtener estos. El citado profesor estimaba que tal prestación sustitutoria es la indemnización de los perjuicios que sufra el promisario por no haberse logrado que el tercero se obligue frente a él o que ejecute el hecho en su favor. Decía De la Puente que mediante la ejecución de esta prestación sustitutoria el promitente cumple también su obligación, destacándose que el promitente quedará obligado a la prestación sustitutoria en caso de no obtener la obligación o el hecho del tercero, aun cuando haya actuado con suma diligencia en su obligación de lograr el asentimiento del tercero.

Pero en su obra *El Contrato en General* (en la Primera Parte, publicada en el año 1991), De la Puente estima que no llega a satisfacerle su antigua solución, porque encuentra que si lo que realmente

sobre la promesa de la obligación o del hecho de un tercero», que formó parte de la obra colectiva *Estudios jurídicos en honor de los Profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias-Schreiber Pezet*, que fue publicada por Cultural Cuzco S.A., Editores, en 1988.

promete el promitente al promisario mediante la promesa no es la obligación o el hecho del tercero, sino persuadir a este para que lo haga, no es consecuente que, si por razones ajenas al promitente —que este y el promisario conocen—, no se alcanza el resultado anhelado, la prestación sustitutoria tenga el carácter de indemnización de los daños y perjuicios que sufra el promisario por no haberse logrado que el tercero se obligue frente a él o ejecute el hecho en su favor.

Por ello es que en la referida obra emprendió un nuevo análisis del problema, ponderando sus factores.

Ante todo, debemos señalar que De la Puente, luego de considerar los argumentos que existen a favor y en contra de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultados, se manifiesta partidario de su pertinencia.

Es dentro de este orden de ideas, que al estudiar el tema expresa que el planteamiento que ahora propone para entender la mecánica de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, seguiría la siguiente lógica:

- Promitente y promisario celebran el contrato de promesa, el mismo que puede ser con prestaciones recíprocas, con prestaciones plurilaterales autónomas o con prestación unilateral;
- Una de las obligaciones, por lo menos, que asume el promitente frente al promisario, es la obligación principal de medios en virtud de la cual se compromete a actuar con la diligencia ordinaria requerida a fin de persuadir al tercero para que asuma una obligación frente al promisario o cumpla un hecho a su favor;
- Si el promitente persuade al tercero, quedará cumplida su promesa del hecho ajeno;

- Si el promitente no persuade al tercero, deberá ejecutar en favor del promisario una determinada prestación accesoria o sustitutoria que se establecerá en el contrato;
- Si el promitente no actúa con la diligencia ordinaria requerida en el cumplimiento de su obligación principal o en la ejecución de la prestación sustitutoria, deberá indemnizar al promisario los daños y perjuicios que con ello le cause;
- Si la promesa del hecho ajeno no se cumple por imposibilidad del tercero, el promitente queda liberado de su obligación principal y de su prestación sustitutoria, sin responsabilidad alguna.

Posteriormente, en el estudio de los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil, como resulta natural, De la Puente asume con fidelidad las doctrinas expuestas.

Por nuestra parte, pensamos que el tema resulta sumamente polémico y que sobre el mismo es posible esbozar más de una interpretación. Si bien el estudio efectuado al respecto por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle resulta minucioso e inteligente, nos permitimos discrepar de tan ilustrado parecer.

El tema de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero surge para el Derecho y es recogido por el Código Civil Peruano de 1984, dentro del marco de algunas figuras en las cuales se produce cierta apertura de la estricta aplicación del principio *res inter alios acta*, en conjunto con el contrato por persona a nombrar y el contrato en favor de tercero.

El Código Civil de 1984, independientemente de regular la promesa de la obligación o del hecho de un tercero dentro de la Parte General de Contratos (artículos 1470, 1471 y 1472), emplea esta figura de manera directa y específica únicamente al tratar en el contrato de compraventa, en el contrato de donación y en el contrato de

arrendamiento, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, cuando el promitente promete al promisario que el tercero (propietario del bien) celebrará con dicho promisario el respectivo contrato de compraventa, donación o arrendamiento.

La materia ha merecido un profundo debate en la década pasada.[160]

En lo que respecta al Derecho de Obligaciones, interesa recordar que el artículo 1537 del Código Civil trata acerca de un típico caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero:

Artículo 1537.- «El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472».

Puede apreciarse, en consecuencia, que los elementos del supuesto planteado por el artículo 1537 son los siguientes:

[160] El debate a que hacemos referencia se dio entre el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle y uno de los coautores de este Tratado. En tal sentido, recomendamos al lector la consulta de las siguientes obras: Castillo Freyre, Mario. *Los Contratos sobre Bienes Ajenos*. Obra editada con el auspicio del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología del Perú (CONCYTEC). Lima: 1990, pp. 155-168, 273 y 274 y 291-293; Manuel De La Puente y Lavalle. *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, Primera Parte, tomo III, pp. 429-441. Mario Castillo Freyre. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa*, Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, vol. XIII, pp. 309-318; Manuel De La Puente y Lavalle. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, pp. 76-79; Mario Castillo Freyre. «El Contrato de Compraventa en el Código Civil Peruano de 1984», tesis con la que optó el grado académico de Doctor en Derecho el 8 de julio de 1999 en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 658-694; y Mario Castillo Freyre. *Tratado de la Venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, tomo II, pp. 395 y ss.

- Ambos contratantes saben que el bien materia de la prestación objeto de la obligación de dar es ajeno;
- Ambas partes acuerdan conscientemente que una de ellas se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de este bien ajeno;
- Este compromiso se regirá de acuerdo con los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil.[161]

[161] Como es evidente, en el caso del artículo 1537 no estamos ante un contrato de venta de bien ajeno; es más, no estamos frente a un supuesto de compraventa. Por lo tanto, esta norma nunca debió ser incluida dentro del Título relativo al contrato de compraventa, puesto que constituye un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero; un caso más de los que son susceptibles de comprender los artículos 1470, 1471 y 1472. Es evidente que la naturaleza jurídica de ambas figuras (la compraventa y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero), difieren sustancialmente.
Para esclarecer el alcance del artículo 1537 del Código Civil de 1984, consideramos pertinente ilustrar el tema con dos ejemplos.
El primero será el de una promesa de la obligación de un tercero.
César, que es amigo de Juan, le promete que José, propietario de un bien mueble que Juan está interesado en comprar, se obligará a transferirle su propiedad (se lo venderá) en el plazo de cinco días, contados a partir de la fecha de la promesa.
Si José no se obliga dentro del término estipulado con Juan a transferirle su propiedad, entonces César habrá incumplido con lo que ofreció a Juan (su promesa). En este caso, de acuerdo con el artículo 1470, César estará en la obligación de indemnizar a Juan, por efectos del referido incumplimiento.
Nuestro segundo ejemplo versa sobre una promesa del hecho de un tercero.
César, que es amigo de Juan, le promete que José, propietario de un bien mueble que Juan está interesado en comprar, le transferirá efectivamente su propiedad (a través de la entrega, de acuerdo con el artículo 947 del Código Civil), en el término de cinco días, contados a partir de la fecha de la promesa.
Si José no se obliga, o si se obliga pero no transfiere a Juan la propiedad de la cosa en el plazo estipulado, entonces César habrá incumplido con lo que ofreció a Juan (su promesa). En este caso, al igual que en el ejemplo anterior, y de acuerdo con el mismo artículo 1470, César estará en la obligación de indemnizar a Juan, por efectos del referido incumplimiento.
Como podemos deducir, la figura de la promesa de la obligación o del hecho de un ter-

cero, es aplicable a la casi totalidad de contratos en la legislación civil vigente en el Perú.

De lo expuesto también podemos inferir que frente a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, como es susceptible de comprender a múltiples contratos, no puede confundirse la naturaleza jurídica del contenido de la promesa (el contrato) con la promesa misma, que vendría a constituir un mecanismo contractual útil para facilitar la celebración de otros contratos.

Una cosa es que yo prometa a Julio que Jorge le va a vender su automóvil, y otra —muy diferente— es cuando este último se obliga a transferírselo. Es evidente que solo hay contrato de compraventa en este caso y que en el primero lo que tenemos es la promesa de una obligación de un tercero.

Así, hemos llegado a la conclusión de que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un contrato independiente de la naturaleza de cualquier otro contrato.

Sin embargo, existe estrecha relación entre el contrato de venta de bien ajeno y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Para no dejar suelta una idea que luego nos podría traer dudas, vamos a analizar qué es lo que implica el contrato de venta de bien ajeno en estricto; es decir, cuando comprador y vendedor conocen que el bien no pertenece a este último.

¿Qué implica que el vendedor se obligue frente al comprador a transferirle la propiedad de ese bien?

¿Qué espera ese comprador al aceptar la obligación del vendedor, sabiendo que al momento de contratar, no tiene la facultad de transferirle la propiedad del bien?

El vendedor, como ya lo expresamos, se obligaría a transferir, él mismo, al comprador, la propiedad del bien, y el comprador es consciente de que adquirirá su propiedad porque el vendedor se la transferirá, y no en virtud de un título distinto.

Es por esta claridad en la figura, que hemos descartado que ella sea una de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Es un contrato de compraventa.

Pero, sin embargo, vamos a tocar ciertos aspectos del tema que son, a nuestro entender, los que hacen que se confundan ambas figuras.

Al contratar una venta de bien ajeno en estricto, el comprador confía en que el vendedor será capaz de lograr que el tercero, entonces propietario del bien, transfiera previamente a este último su propiedad, ya sea por medio de un contrato que genera la obligación de transferir propiedad o por otra causa.

Obviamente, si el comprador contrata en esas condiciones, es porque confía en que el vendedor logrará que el tercero le transfiera la propiedad de ese bien.

De ocurrir alguno de los supuestos señalados, el vendedor se hallará apto para transferir al comprador la propiedad del bien, pues ya será propietario del mismo.

Pero nos reafirmamos en la existencia del contrato de venta de bien ajeno en estricto, y lo distinguimos de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, admitiendo que si ese tercero no se obliga o no verifica ningún acto para que el vendedor se convierta en propietario del bien, este no podrá cumplir con aquello a que se ha obligado en el contrato de compraventa.

Respecto al tema de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, también interesa recordar que el artículo 1627 del Código Peruano (norma propia del contrato de donación) tiene similar estructura que la del numeral 1537, relativo al contrato de compraventa:

Artículo 1627.- «El contrato en virtud del cual una persona se obliga a obtener que otra adquiera gratuitamente la propiedad de un bien que ambos saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472».

Por lo tanto, sus elementos serán muy similares que los del artículo 1537, es decir:

- Ambos contratantes saben que el bien materia de la prestación objeto de una obligación de dar es ajeno;
- Ambas partes acuerdan que una de ellas se compromete a obtener que la otra adquiera gratuitamente la propiedad de ese bien ajeno;
- Este compromiso se regirá de acuerdo con los artículos 1470, 1471 y 1472.[162]

Por lo tanto, en el contrato de venta de bien ajeno, la labor del tercero también resulta indispensable para que el vendedor pueda cumplir con sus obligaciones nacidas de ese contrato.

En caso que el bien vendido sea ajeno y el comprador conozca tal situación, el vendedor, para cumplir con su obligación, deberá, obviamente, transferirle la propiedad de ese bien y —para ello— haber logrado antes que el propietario, al momento de la celebración del contrato con el comprador, se lo transfiera con posterioridad a dicha celebración.

En estos casos, podría caber la equivocada interpretación de asimilar esta figura a la de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pues aquí el comprador sabe que la cosa es ajena y que el vendedor debe transferirle su propiedad.

Naturalmente resultaría posible que un caso similar encuadre dentro de lo que constituye la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pero la naturaleza de ambas figuras, lo reiteramos, es distinta.

[162] Consideramos de similar impertinencia la inclusión del artículo 1627, como lo es la

Por otra parte, debemos mencionar que el tercer precepto donde el Código Peruano intenta establecer un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es el artículo 1671, relativo al contrato de arrendamiento, norma del texto siguiente:

Artículo 1671.- «Si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472».

Los elementos del citado artículo son los siguientes:

- Se ha celebrado un contrato de arrendamiento;
- El bien objeto de la prestación contenida en la obligación de dar del arrendador en este contrato es ajeno, es decir que no pertenece al arrendador;
- El arrendatario conocía, al momento de celebrar el contrato, el carácter ajeno del bien;
- El contrato se regiría por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472, es decir por las normas relativas a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero (y no por las propias del contrato de arrendamiento).[163]

del artículo 1537, ya que no constituiría un supuesto de donación, sino un caso más de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Por tal razón resultarían aplicables al caso, *mutatis mutandis*, los comentarios hechos a pie de página acerca de este último numeral.
Otro aspecto interesante de resaltar es que el Código de 1984, a pesar de incluir en el Título relativo a la donación una norma parecida al artículo 1537, no efectúa en ese Título similar regulación que la dispuesta en los artículos 1538, 1539, 1540 y 1541. De esta forma, si el artículo 1537 produjo una serie de malas interpretaciones que nunca debieron generarse, el artículo 1627 causa aún peores confusiones, pues no está sucedido por normas de similares características de las que acompañan al artículo 1537 y que —en cierta forma— aclaran el panorama respectivo (nos referimos a los artículos 1538 a 1541 del Código nacional).

163 Como puede apreciarse del último de los elementos mencionados por el artículo 1671, el Código Civil no solo no contempla expresamente el contrato de arrenda-

Estudiando en su conjunto al Código Civil respecto de esta materia, se llega a la conclusión de que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es una figura o mecanismo contractual a través del cual el promitente puede prometer al promisario que un tercero asumirá con respecto de este último cualquier obligación posible y lícita, o que dicho tercero realizará cualquier acto de las mismas características.

Sin embargo, nosotros no coincidimos con ninguno de los pareceres esbozados por la doctrina de nuestra tradición jurídica sobre su naturaleza.

Si bien, por una parte, resulta seductora la posición que sostiene que estamos frente a una obligación de garantía (pues si el tercero no cumple el hecho o no se obliga de acuerdo con lo prometido por el promitente, este último deberá indemnizar al promisario), por otra parte también reviste interés el último planteamiento de Manuel de la Puente, en el sentido de que el promitente, además de lo señalado,

miento de bien ajeno, en estricto, sino que establece de manera taxativa que si el arrendatario sabía que el bien era ajeno (supuesto frecuente sería el que ambos contratantes supiesen que el bien es ajeno), el contrato de arrendamiento que han querido celebrar no se regiría por las normas propias del contrato de arrendamiento, sino que se constituiría, en virtud del artículo bajo comentario, en un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Esto, aparte de ser incongruente con la obligación del artículo 1671, resultaría absurdo.
Lo que está haciendo el Código Civil Peruano de 1984, a través del artículo 1671, es desnaturalizar la esencia misma del contrato de arrendamiento de bien ajeno, hecho que se pone en evidencia con su redacción. Pareciera que en este contrato, el recelo mostrado por el legislador en el caso de los contratos de compraventa y donación se hubiese acentuado por razones que desconocemos, viéndose en la necesidad de restringir su campo de aplicación hasta llegar a desnaturalizarlo por completo.
Por otra parte, debemos señalar que si bien el subarrendamiento representa un caso en el cual se arrienda, por parte del arrendatario a un tercero, un bien ajeno, este contrato supone la existencia de un contrato previo de arrendamiento, requiriendo el consentimiento escrito del arrendador, y siendo una figura perfectamente distinguible, contemplada en gran cantidad de legislaciones extranjeras y que es recogida por el artículo 1692 del Código Civil.

asume el deber de actuar con la diligencia ordinaria requerida con el propósito de persuadir a ese tercero a fin de que asuma una obligación frente al promisario o cumpla un hecho en su favor. Pero los planteamientos estudiados merecen algunas objeciones de fondo.

La primera estriba en que el promitente nunca está prometiendo la realización de una prestación propia, ya sea de dar, de hacer o de no hacer, pues aquello que constituye objeto de la promesa, es decir, objeto de la obligación del promitente, es que el tercero haga algo o se obligue a algo (previamente convenido entre promitente y promisario).

Es probable que en un caso de esta naturaleza, el promitente despliegue determinadas actividades a fin de lograr que el tercero realice el hecho o contraiga la obligación. En buena cuenta, podría interesar al promitente ejecutar estas gestiones, si ellas van a conducirle a obtener un resultado positivo respecto de aquello que ha prometido.

Pero debe quedar en claro que el promitente no está prometiendo que él mismo hará algo, vale decir que no está obligándose a la ejecución de una prestación propia, sino a que se ejecute una prestación ajena. Así, si hiciera algo no es porque ese hacer constituya objeto de su obligación, sino que actuaría por considerarlo conveniente a sus intereses, pues bien podría mantenerse en total inactividad, lo que equivale a decir que no hiciera absolutamente nada y, no obstante ello, se produjera el hecho o la obligación del tercero.

Indudablemente la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es una figura que no puede ser explicada dentro de los cánones habituales del Derecho de Obligaciones y Contratos, partiendo de la idea de que en este caso se produce el quebrantamiento de la existencia de la prestación, entendida como la actividad que debe realizar el deudor para pagar, consistente en un dar, un hacer o un no hacer.

Decimos esto porque en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el deudor no debe dar, hacer o no hacer absolutamente nada, ya que simplemente ha prometido que se producirá la obligación o el hecho del tercero.

Ahora bien, el lector podrá preguntarse ante una situación de esta naturaleza, si el compromiso asumido por el deudor (promisario) no consistiría exactamente en una obligación civil, ya que esta tiene por objeto una prestación, y en este caso no la habría.

Ello es cierto, ya que si se quisiera explicar el fenómeno de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero a través de las doctrinas tradicionales, o cederíamos a la tentación de calificar a este contrato como uno de garantía, o necesariamente tendríamos que ingresar al terreno de las obligaciones de medios y de resultados, distinción que combatimos.

Entonces, ¿cuál es la naturaleza jurídica del compromiso asumido por el promitente?

El promitente asume para con el promisario el deber jurídico de contenido patrimonial consistente en que un tercero se obligue o realice un hecho determinado. Debemos poner énfasis en que se trata de un deber jurídico y no solo de un deber moral, pues se crea un vínculo, reconocido por el Derecho, a través del cual el promitente solo cumplirá cuando se produzca el hecho ajeno o la obligación ajena.

Pero este deber jurídico de contenido patrimonial, con características atípicas que podrían integrar una clasificación más de las obligaciones y deberes, carece de prestación propia, ya que aquí el promitente (deudor), en estricto, no debe realizar absolutamente nada para que la prestación del tercero se cumpla (para que el tercero se obligue o haga algo).

Pensamos que el Derecho debe reconocer que en estos casos estamos en presencia de una obligación *sui generis*, pues no tiene presta-

ción propia sino prestación ajena, y el tercero no se encuentra obligado a cumplir con ella.

El segundo elemento que nos resulta de interés, y que respalda el criterio de que el deber jurídico aludido no deja, en rigor, de ser una obligación, es que la figura posee indudablemente el elemento de coerción, propio del Derecho de Obligaciones.

Nos explicamos.

Si la promesa asumida por el promitente, cuando fuere incumplida, no acarrease ninguna consecuencia jurídica, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero no sería algo distinto de un deber moral, pues sería irrelevante que se cumpliera o no lo prometido (en cuanto a las consecuencias jurídicas respecto del deudor promitente). A éste le daría lo mismo si se cumple o incumple el objeto de la promesa, porque en caso de incumplimiento no se vería expuesto a sanción alguna.

Es claro que si alguien promete algo, sin la existencia de una contraprestación que ejecute el promisario a favor del promitente, no habríamos salido del campo de los deberes morales. Todo esto se reduciría a un conjunto de «buenas intenciones», que no merecerían que el Derecho se detenga a analizar y a dar sustento.

Ahora bien, imaginemos un caso similar, pero en el cual el promisario sí asumiese frente al promitente la obligación de pagarle una contraprestación, si es que el tercero ejecutara o se obligara a lo prometido por el promitente.

En este caso, el ejemplo ya se acercaría más a uno con contenido jurídico, pues el compromiso asumido por el promitente, de tener éxito, va a merecer una compensación o retribución por parte del promisario.

Pero el tema todavía no se encontraría completo, en la medida que se hubiera pactado que si el tercero no ejecutara el hecho prometido

o no se obligara, el promitente no debiese pagar absolutamente nada al promisario. Una situación así podría cuestionarse en el sentido de si podría formar parte del Derecho de Obligaciones, en la medida que el tema carecería del elemento de coerción, ocurriendo —en la práctica— que el promitente deudor podría —tranquilamente— «dejar de cumplir», perdiendo el derecho a la contraprestación convenida, pero viéndose libre de cualquier deber indemnizatorio frente al promisario.

Sin embargo, hemos empleado una expresión condicional para referirnos a si este caso formaría parte del Derecho de Obligaciones, en tanto que al no haberse obligado el promitente a la ejecución de una prestación propia, sino a una prestación ajena, dicha prestación, en lo que respecta a las actividades propias del promitente, sería una prestación vacía.

Así, visto el tema desde esta perspectiva, no repugnaría al Derecho que el promitente, ante el incumplimiento de su promesa, no tenga deber alguno de indemnizar al promisario.

Sin embargo, admitimos que una situación como la descrita resultaría altamente discutible. Pero la regulación que el Código Peruano ha dado al tema nos releva de tener que plantearnos un supuesto como el que acabamos de anotar, en la medida en que a través del artículo 1470 se establece que el promitente quedará obligado a indemnizar al promisario si es que no se llegara a cumplir lo prometido. Es más, el artículo 1472 establece que incluso podría pactarse de manera anticipada el monto de dicha indemnización.

Resulta, no obstante, discutible que el artículo 1471 establezca que la indemización a cargo del promitente tiene carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero. Decimos esto, porque la expresión «sustitutoria» nos hace recordar la mecánica de las obligaciones facultativas, en donde existe una prestación principal y una accesoria, debiendo el deudor cumplir con la prestación principal, pero teniendo la facultad de sustituirla con la accesoria.

Sin embargo, en la obligación facultativa la sustitución a que hemos aludido no opera de manera susbsidiaria, ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación principal, pues si la prestación principal fuese nula o imposible de cumplir, la obligación facultativa se extinguiría, aunque la prestación accesoria fuera válida o posible de cumplir (argumento del artículo 1160 del Código Civil Peruano).

En la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el deudor no goza de esa facultad de sustitución en el pago, ya que mientras esté vigente el plazo pactado para que se produzca el cumplimiento de la obligación o el hecho del tercero, el promitente no podría liberarse pagando la «indemnización» sustitutoria.

De lo expuesto podemos concluir que la prestación sustitutoria de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, no es una prestación que represente una alternativa para el pago.

Nos queda claro que de no cumplirse la obligación o el hecho del tercero, el promitente deudor deberá pagar la indemnización, como una especie de sanción, no precisamente resarcitoria, como veremos más adelante. Pero también resulta claro que si se incumpliera lo prometido y se pagara la indemnización, el promitente deudor habría cumplido, pero no aquello que prometió, pues el tercero ni se obligó ni realizó acto alguno.

El promitente paga la prestación indemnizatoria con carácter subsidiario, ya que el Derecho entiende que si él no tenía, dentro de la esfera de sus posibilidades, la de cumplir por sí mismo con aquello que prometió, si no se produce el hecho o la obligación del tercero, dicha promesa incumplida (por más que haya implicado una prestación ajena) no podría quedar impune. De ahí que se prevea la referida prestación sustitutoria, que en realidad, como se ha dicho, tiene carácter subsidiario, la misma que sí implica una prestación en sentido estricto, pues puede y debe ser ejecutada por el promitente deudor.

La denominada prestación sustitutoria no tiene carácter indemnizatorio, aunque así la califique el Código Civil, por cuanto entendemos que no está destinada a resarcir daños y perjuicios, sino simplemente a reemplazar la promesa que no se ha podido cumplir.

Por ello, nada tendría de extraño que la denominada prestación sustitutoria de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, consista en bienes distintos al dinero, o, incluso, en prestaciones de diversa naturaleza, ya sean de hacer o de no hacer. Este es, sin duda, otro rasgo importante que distingue a este tipo de obligaciones de aquellas de carácter resarcitorio, las mismas que —por regla general y salvo casos de excepción como los de una cláusula penal— siempre consistirán en dinero.

De lo expuesto también puede deducirse que cuando en virtud de lo establecido por el artículo 1472 del Código Peruano se pacta anticipadamente el monto de la indemnización, dicho convenio no tiene la naturaleza jurídica de una cláusula penal, pues su función, igualmente, no sería resarcitoria, sino meramente compensatoria.

Uno de los temas que resulta imprescindible abordar al referirnos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es el de la responsabilidad por el incumplimiento de dicha promesa.

De acuerdo con los principios generales que inspiran la figura bajo estudio y, en especial, el contenido de los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil, queda claro que es regla general que en caso de incumplimiento de la promesa, el promitente deudor tiene que ejecutar la prestación subsidiaria (mal llamada sustitutoria). Pero lo que no se encuentra explícito es si dicha prestación subsidiaria deba pagarse sea cual fuere la causa que hubiese ocasionado el incumplimiento de la promesa.

Estamos planteando, en buena cuenta, el tema de que una circunstancia no imputable al promitente, sobreviniente a la celebración

del contrato, determinase que al tercero le fuese imposible cumplir con el hecho o no pudiera contraer la obligación que constituye el objeto de la promesa.

El Doctor Manuel de la Puente y Lavalle[164] sostiene que si este fuere el caso, la obligación principal (vale decir, el cumplimiento de lo prometido) quedaría extinguida por aplicación del artículo 1316 del Código Civil, cuyo principio general es que la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Entendemos que estos serían los sanos principios aplicables al caso, pues la promesa debería seguir, si se quiere de manera indirecta, la suerte de la prestación que constituye el objeto de dicha promesa.

Esta afirmación obedece a que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero contiene una «prestación» que hemos denominado como «vacía», en el entendido de que en estricto no existe prestación alguna, ya que quien es deudor y promitente no se encuentra obligado a ejecutar ninguna prestación propia.

Ahora bien, teniendo en consideración lo expuesto, resultaría injusto que el promitente tuviera que responder por la imposibilidad de la promesa cuando ella obedeciera a caso fortuito, fuerza mayor o a alguna causa que no fuera imputable al deudor promitente.

Sin embargo, debemos precisar que cuando nos referimos a causa no imputable al deudor promitente, aludimos exclusivamente al hecho de que sin su culpa deviniera en imposible la ejecución de la prestación ajena (por ejemplo, que muriese el tercero antes de vencido el plazo pactado entre promitente y promisario para que dicho tercero ejecutara el hecho o contrajese la obligación).

[164] De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General.* Segunda Parte, tomo VI, pp. 87 y 88.

En relación con el tema de la diligencia ordinaria, cabe expresar que resultará absolutamente indiferente, para estos efectos, si el deudor promitente actuó o no con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Ello queda claro, en la medida que tal promitente no se ha obligado a la ejecución de un acto propio, de modo que no podría exigírsele que actúe con diligencia, cuando ni siquiera está obligado a desplegar actividad alguna, como ya ha sido expresado.

Eso significa que podríamos encontrarnos en el caso extremo de un deudor que realizara todos los actos que se encuentren a su alcance para lograr que se haga efectivo el hecho o la promesa por parte del tercero y si, a pesar de ello, el tercero no cumpliese con el hecho o no contrajera la obligación, el promitente deudor habría incumplido la promesa y, en razón de ello, tendría que ejecutar la prestación de carácter subsidiario.

Ahora bien, más allá de lo expresado en estas páginas, nada impediría que el promitente deudor pactase con el promisario acreedor que el primero asuma las consecuencias si la prestación objeto de la promesa deviniese en imposible por causa no imputable, incluyendo, por cierto, el caso fortuito o fuerza mayor. Este convenio ampliatorio de responsabilidad sería perfectamente lícito conforme al artículo 1317 del Código Civil.

Para finalizar nuestras apreciaciones sobre la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, debemos subrayar que la importancia de haber abordado este tema se deriva del típico ejemplo del abogado litigante, en la modalidad de aquel que promete a su cliente un «resultado», vale decir que vencerá en el proceso.

En síntesis, podemos afirmar que en este caso queda claro que los medios y los resultados se confunden, no existiendo distinción o línea divisoria alguna entre ellos, dado que dicho abogado ha prometido a su

cliente un hecho cuya dación no depende del citado profesional, sino de terceros, vale decir de los magistrados que resuelvan la causa.

10.8. A modo de conclusión

Para concluir con lo relativo al tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil, hemos querido exponer la teoría de René Demogue, que dio nacimiento a esta materia, y luego citar las posiciones esbozadas por la doctrina, pero fundamentalmente hemos deseado dejar en claro nuestra tesis adversa a distinguir las obligaciones en aquellas que pudieran ser de medios y otras que pudieran ser calificadas como de resultados.

Para combatir a Demogue hemos recurrido a analizar puntualmente todos los supuestos en que dicho profesor basó su teoría. De ello queda claro que resulta artificiosa la distinción, ya que toda obligación implica necesariamente la existencia de un objeto denominado prestación, la misma que el deudor va a tener que ejecutar a favor del acreedor; y esa prestación —forzosamente— será de dar, de hacer o de no hacer.

Por ello hemos subrayado que la ejecución de las prestaciones no es algo que se origine «por arte de magia», sino que necesariamente implicará la realización de actividades por parte del deudor.

Esas actividades no constituyen otra cosa que la ejecución o pago de una obligación civil. De allí que si la obligación se ejecuta como aspira el Derecho, estaremos en presencia de un cumplimiento idóneo, y, en la medida que el mismo se aleje de dicha idoneidad, entraremos al terreno del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso o, simplemente, habremos llegado al campo de la inejecución total de la obligación.

Así, la ejecución de una prestación no puede ser vista como medio para cumplir, pues ejecutar una prestación constituye el cumplimiento propiamente dicho de la misma.

En consecuencia, no es que hayan medios y ulteriores resultados. Si se percibe al medio como algo independiente del resultado, llegaríamos al absurdo de sostener que una prestación se cumple o ejecuta (medio) pero que no se paga (ausencia de resultado).

El Derecho de Obligaciones se ciñe estrictamente a aquello que ha sido convenido por las partes, de modo tal que no es otro el régimen de cumplimiento.

Sin embargo, en el tratamiento del tema de las mal llamadas obligaciones de medios y de resultados, hemos desarrollado caso por caso el ensayo de Demogue, con el fin de demostrar lo artificioso de esa distinción.

Y también hemos expuesto, con el propósito de evitar malos entendidos, dos temas que han concitado nuestra particular atención: la obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble cierto y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Ocurre que la obligación de transferir la propiedad de un inmueble cierto, como lo hemos expresado, constituye en el Perú un supuesto excepcional a la regulación común de las obligaciones.

Recuérdese, al respecto, que el artículo 949 del Código nacional establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Esto significa que la obligación de transferir la propiedad, excepcionalmente tiene por objeto una prestación que no va a ser ejecutada por el deudor, sino que la propia ley la da por ejecutada inmediatamente después de haber nacido, prestación *sui generis* (que hasta podríamos denominar «vacía») que constituye una situación atípica con base en razones históricas propias del nacimiento y contexto del Código Civil Francés, las mismas que se instalaron en el Derecho Peruano desde el Código de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

El segundo supuesto de excepción al régimen común de ejecución de las obligaciones que hemos abordado es el relativo a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, materia de la que el Código nacional se ocupa prolijamente —como en su oportunidad lo señalamos— en sus artículos 1470, 1471 y 1472.

Dentro del análisis que hemos efectuado sobre la materia, existe un punto que podría llevar al lector a considerar equivocadamente que en este caso podríamos estar ante un supuesto de obligaciones de resultados (por contraposición a las llamadas obligaciones de medios).

Y es que en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero el promitente cumple frente al promisario cuando se produce el hecho ajeno o cuando el tercero se obliga. Pero, tanto en uno como en otro caso, el promitente deudor ha prometido algo que él mismo no va a ejecutar y, además, puede decirse con fundamento que ha prometido algo cuya ejecución se encuentra total y absolutamente fuera de su alcance, lo que más allá de razones fácticas se explica objetivamente en no haberse obligado a la ejecución de una prestación propiamente dicha.

Pero en el caso de la promesa de la obligación o el hecho de un tercero tampoco hay medios ni resultados, en estricto. Unicamente hay cumplimiento con la realización del hecho por parte de una tercera persona o cuando ese tercero contraiga una obligación con el promisario.

Se trata de un apasionante tema que si bien es propio del Derecho de los Contratos, resulta indispensable abordarlo en Derecho de Obligaciones, para salvar cualquier objeción en torno de las supuestas obligaciones de medios y de resultados.

Por lo demás, estos dos casos de excepción (la obligación de transferir propiedad y la promesa) tienen autonomía conceptual propia y características históricas *sui generis*, que de manera alguna pueden

conducirnos a apreciarlos fuera de su contexto o, menos aún, a extraer de ellos conclusiones indebidas.

Como corolario de todo lo expuesto, debemos subrayar que si se aceptaran las diferencias esbozadas por un sector de la doctrina entre obligaciones de medios y de resultados, ello afectaría considerablemente el tema probatorio en caso de inejecución de obligaciones.

Sin embargo, como tal distinción es artificiosa, la prueba debe efectuarse de acuerdo con lo prescrito en el Código Civil Peruano de 1984, vale decir, que se regirá por lo dispuesto en los artículos 1329, 1330 y 1331 de dicho cuerpo sustantivo.[165] En tal sentido, fue claro para el legislador nacional que tal distinción resulta ficticia, razón por la cual no la aceptó.

11. Principios fundamentales del deber de indemnizar los daños causados

Se ha precisado que la responsabilidad consiste en la «obligación de reparar» por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. Ella determina el asumir o soportar las consecuencias[166] de la conducta propia y, por excepción, de la conducta ajena en los casos específicos que señale la ley.

---

[165] Los textos de los referidos numerales son los siguientes:
Artículo 1329.- «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».
Artículo 1330.- «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».
Artículo 1331.- «La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

[166] Martínez Alfaro indica que jurídicamente esas consecuencias pueden consistir en el nacimiento de obligaciones o en la pérdida de derechos, en virtud de que los actos que constituyen la conducta propia o ajena pueden traducirse en la realización de un

Asimismo, se señaló que el vocablo «responsabilidad» implica —además— las voces «responder» y «responsable»; y todas ellas tienen en común los conceptos de obligación, resarcimiento, reparación, daño causado, o conducta propia o de otra persona.

En suma, el objeto de la responsabilidad no es un hecho específicamente determinado, sino un conjunto de numerosos hechos variados que constituyen un hecho genérico que causa daños y perjuicios y que genera la obligación de repararlos.

En consideración a dichos conceptos genéricos, la responsabilidad civil es la obligación (de carácter civil) de reparar el daño pecuniario causado, ya sea por hechos propios del obligado a la reparación o por hechos ajenos de personas que dependen de él, o, como dice Martínez Alfaro,[167] «por el funcionamiento de cosas cuya vigilancia está encomendada al deudor de una reparación».

El fundamento de esta responsabilidad se encuentra en la regla moral según la cual no se debe dañar a otro, vale decir, que nadie está facultado jurídicamente para causar daño a sus semejantes.

Sin embargo, resultaría erróneo aceptar que todo daño causado a alguien en cualquier situación o circunstancia, origina un deber de indemnizar o reparar. Para evitar esto, el Derecho se basa en aquellos aforismos que dicen: *Casus fortuitus in nullo contractu praestatur* —en ningún contrato se responde del caso fortuito— y *Casus fortuitus id omne est, quod humano captu praevideri non potest, aut cui praevisso resisti nequit* —caso fortuito es todo aquello que no puede ser previsto por la mente humana o que, aun previsto, resulta inevitable—.

supuesto jurídico, que la norma jurídica menciona en forma hipotética y de cuya posible realización depende el nacimiento de derechos y obligaciones (Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 146).

[167] Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 146.

Por consiguiente, para poder reclamar de otro el deber de indemnizar es necesario que concurra siempre un determinado fundamento originario.

Dentro de ese orden de ideas, analizaremos los presupuestos o elementos que la doctrina y la legislación estiman como básicos para que opere el deber de indemnizar.

Estos pueden ser clasificados en dos grupos:

(a) Los supuestos de hecho del deber de indemnizar daños; y

(b) Los elementos propios de la definición o concepto de la responsabilidad civil.

Considera la doctrina que entre los supuestos de hecho están la indemnización de daños derivada de la infracción de un contrato y la indemnización de daños derivada de actos ilícitos.

El supuesto de hecho más antiguo del deber de indemnizar daños es el derivado de un contrato y casi siempre va unido a un hecho imprevisto.

Sobre el particular, Hedemann[168] anota que las partes, al contratar, solo prevén el deber de cumplir las prestaciones estipuladas, y no los daños que podrían originarse. Por ello, agrega, el legislador dispone para estos casos normas detalladas y se ha establecido tres principales supuestos de hecho: 1) el incumplimiento (el mismo que es asimilado al concepto de imposibilidad); 2) el cumplimiento defectuoso (supuesto que se refiere a los casos de responsabilidad por vicios); y, 3) el cumplimiento tardío (que nos lleva a la doctrina de la mora).

[168] Hedemann, J.W. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones.* Traducido por José Santos Briz, Obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, vol. III, p. 112.

Finaliza Hedemann afirmando que la simple concurrencia de una supuesta imposibilidad, deficiencia o retraso en el cumplimiento de la prestación, no siempre origina un deber de indemnizar daños. En numerosos supuestos han de concurrir requisitos previos especiales y toda la doctrina acerca de la indemnización de daños está bajo el signo fundamental de la culpabilidad.

En los casos derivados de actos ilícitos o «responsabilidad delictual», la relación obligatoria surge por primera vez al producirse el daño, a diferencia del supuesto de hecho derivado de un contrato, donde preexiste una relación obligatoria, que en su curso ulterior origina el deber de indemnizar daños dentro del ámbito de la relación preexistente.

Ahora bien, como elementos o presupuestos propios de la responsabilidad civil, destacamos los siguientes:

(a) El daño patrimonial o pecuniario y el daño moral y el daño a la persona;

(b) Los hechos causantes del daño y la culpa en vigilar y la culpa en elegir;

(c) El funcionamiento de cosas;

(d) La relación de causalidad entre el hecho y el daño; y

(e) El carácter civil de la obligación de reparar el daño.

Pasamos a analizar cada uno de ellos.

11.1. El daño patrimonial o pecuniario y el daño moral y daño a la persona

Martínez Alfaro[169] define al daño pecuniario como la suma de los

[169] Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 147.

daños y perjuicios, es decir, el menoscabo sufrido en el patrimonio de la víctima, más la privación de la ganancia lícita que se hubiera obtenido si no hubiese sucedido el hecho causante del daño.

Lo representa con la siguiente fórmula:

Daño pecuniario = daños + perjuicios

Por su parte, Hans Fischer[170] indica que en términos vulgares, llámase daño a todo detrimento o lesión que una persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, quienquiera que sea su causante y cualquiera que sea la causa, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre.

Sin embargo, Fischer[171] añade que para formarse una clara noción del daño patrimonial, es preciso partir del concepto de patrimonio.

El patrimonio, considerado en sentido jurídico, se define como el conjunto de derechos avaluables en dinero que corresponden a una persona o a una «entidad patrimonial activa». Idéntica unidad también la forman los deberes jurídicos u obligaciones que incumben a una persona, pudiendo así oponerse al patrimonio activo un pasivo patrimonial; ambas masas, unidas, constituyen el «patrimonio en sentido amplio».

Esta unidad, agrega Fischer, desde una óptica estrictamente jurídica puede abarcar los objetos más diversos: derechos reales, obligaciones, derechos individuales y familiares. Mas encierra siempre derechos y nunca directamente bienes económicos. Como anota Bekker,[172] «El patrimonio jurídico sólo envuelve derechos, y repugna toda materialidad

[170] Fischer, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. Serie B, vol. V. Madrid: Universal, 1928, p. 1.

[171] Fischer, Hans A. *Op. cit.*, pp. 6-27.

[172] Citado por Fischer, Hans A. *Op. cit.*, p. 8.

de cosas. Las cosas, corporales o incorporales, constituyen objeto de derechos, y como tal figuran en el patrimonio, que no inmediatamente como bienes patrimoniales».

Desde un examen económico del patrimonio, Fischer considera que el valor pecuniario o posibilidad de evaluación en dinero es requisito general de todos los derechos que lo integran. Así, el patrimonio es el conjunto de bienes provechosos, materiales, y no de derechos; es la totalidad de los bienes económicamente valorables que se hallan dentro del poder de disposición de una persona.

De acuerdo con este punto de vista, los derechos no tienen más misión que garantizar al sujeto a quien pertenece el patrimonio, el poder de disposición sobre los objetos que incluye. Si de hecho, por cualquier circunstancia, no tienen esa virtud, a pesar de ser la relación jurídica, como tal, inexpugnable, el objeto no figura en el patrimonio económico de la persona, toda vez que no aumenta sus bienes efectivos, y quien poseyese todos sus bienes en estas condiciones —asistido de plena protección jurídica, pero desamparado del poder material de disposición— carecería del patrimonio en sentido económico.[173]

La aplicación del concepto jurídico de patrimonio —anota Fischer— al problema de la patrimonialidad de los daños, tropieza en seguida con graves inconvenientes, porque este concepto, creado para unificar sistemáticamente una serie de normas, nada tiene que ver con la cuestión concerniente a los daños y su reparación.[174]

[173] Por lo general —dice Fischer— los bienes que constituyen el patrimonio económico encierran un cierto valor, unas veces, de uso, y otras de cambio. El patrimonio de uso incluye la suma de bienes económicos pertenecientes a una persona y de que esta se sirve directamente para satisfacer sus necesidades —sin hacer de ellos fuente de rendimiento—; y el patrimonio productivo o de cambio, es el conjunto de bienes explotados —gracias a su carácter circulatorio— para la obtención de nuevos valores (Fischer, Hans A. *Op. cit.*, p. 11).

[174] El concepto jurídico del daño presenta un matiz marcadamente subjetivo. Aunque se destruya o deteriore una cosa, si no hay un sujeto interesado a quien afecte el perjuicio, no puede decirse —jurídicamente hablando— que exista «daño»: la existencia y cuantía del daño patrimonial sólo puede fijarse en relación con la persona que lo experimenta (Degenkolb, citado por Fischer, Hans A. *Op. cit.*, p. 12).

Dentro de ese orden de ideas, Fischer expresa que el daño patrimonial entraña siempre lesión o quebranto de ciertos valores económicos. La suma concreta de dichos valores económicos constituye el patrimonio, cuya lesión entraña un daño patrimonial. El daño, a su vez, se determina mediante una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que representaría si este no hubiese ocurrido. La diferencia resultante indica la existencia del daño y su cuantía.

Fischer concluye señalando que esta fórmula matemática en que se cifra el patrimonio, es indispensable para la determinación del daño patrimonial. Gracias a ella, y sin esfuerzo alguno, podemos reducir el concepto de daño y colocar bajo la protección jurídica aun los que casualmente se hallen más alejados del hecho que los provoca. Basta, para que exista daño patrimonial, que, aun permaneciendo inmunes los valores o bienes positivos, aumenten las deudas o resulte frustrada una ganancia o adquisición.

Hasta aquí las apreciaciones de Hans Fischer.

A decir de Juan Antonio Bibiloni,[175] habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria en su persona, bienes o derechos.

En suma, podríamos manifestar que daño implica todo deterioro, perjuicio o menoscabo susceptible de apreciación pecuniaria, causado

[175] Citado por Alvarado Sánchez, Javier. «La responsabilidad civil por acto ilícito y el sistema del nuevo Código Civil». En *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Año VIII, 1944, p. 365.

a otro, o directamente en los bienes de su dominio o posesión, o indirectamente a su persona o a sus facultades (daño material o moral). Incluso, como antes lo indicáramos, el daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido (daño emergente), sino también la ganancia de que fue privada la víctima o damnificado (lucro cesante).

11.2. Los hechos causantes del daño y la culpa en vigilar y la culpa en elegir

La doctrina es unánime al considerar que los hechos causantes del daño pueden ser propios o ajenos.

Así, dentro de los hechos propios se enumera a los siguientes:

- El incumplimiento de una obligación;
- La comisión de un hecho delictuoso o ilícito penal;
- La comisión de un hecho ilícito pero no delictuoso, es decir un ilícito civil. Por ejemplo, los casos previstos por los artículos 1269 y 1270 del Código Civil, esto es, la aceptación con mala fe por el supuesto *accipiens* del pago indebido; y
- La comisión de un hecho lícito que cause daño. Por ejemplo, el inadecuado manejo de un negocio ajeno (gestión de negocios), provocando un perjuicio evidente al dueño; o el daño causado por un sujeto mediante un bien peligroso (responsabilidad objetiva, artículo 1970 del Código Civil).

Destaca Martínez Alfaro[176] que la regla es que solo hay responsabilidad por hechos propios y excepcionalmente la puede haber por hechos ajenos. Este principio general —indica el citado profesor— se

[176] Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, pp. 148-150.

desprende de las siguientes expresiones que se utilizan tanto en el lenguaje vulgar como en la práctica jurídica: «yo no fui», «fue fulano», «no es mío», «no tengo vela en el entierro», «me lavo las manos», «es hecho ajeno», «no es hecho propio», «la confesión debe ser de hechos propios», «tirarse la pelota», «que cargue con el muerto», etc.

Concluye Martínez Alfaro señalando que los casos de responsabilidad por hechos ajenos, que constituyen excepción a la regla general, tienen en común una relación de dependencia entre el responsable y el que causa el daño; dependencia que puede derivarse tanto de una incapacidad determinada por la minoría de edad o por la falta de salud mental, como de una subordinación laboral.

A decir de Trabucchi, Bejarano, Bustamante Alsina, Rojina Villegas y Borja Soriano,[177] la responsabilidad por hechos ajenos se funda en la culpa y, según sean esos hechos ajenos generadores de responsabilidad, se incurrirá en culpa al vigilar o en culpa al elegir.

Hay culpa al vigilar, cuando la relación de dependencia entre el responsable y el causante del daño es consecuencia de una incapacidad por la minoría de edad o por la falta de salud mental, y el responsable no tuvo el cuidado de vigilar la conducta del incapaz que causó el daño y que tenía bajo su custodia.

Asimismo, hay culpa al elegir, cuando entre el responsable y el causante del daño existe una relación de dependencia laboral, y el responsable no tuvo la diligencia de escoger a la persona que tuviera los conocimientos y cuidados necesarios para desempeñar los trabajos encomendados con motivo de esa dependencia laboral, cuya ejecución produjo daños.

[177] Citados por Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 149.

11.3. El funcionamiento de cosas

Las cosas, atendiendo a su funcionamiento o a su naturaleza, pueden causar daños, como sucede, por ejemplo, con las substancias tóxicas, inflamables, contaminantes o las que conducen electricidad.

Al respecto, Martínez Alfaro[178] señala que el obligado a la reparación es aquel a quien el Derecho entiende corresponde su vigilancia, siendo por regla general el propietario de la cosa quien asume este deber.

Por el daño que causen las cosas (inanimadas) responde su dueño, salvo que se pruebe que no existió culpa por su parte, es decir, que el mal ha provenido de un tercero, de ausencia de culpa o de un caso fortuito o de fuerza mayor.

Derivan de este tema la «acción de una cosa», la *actio de effusis et dejectis* (acción por cosas arrojadas o caídas) y la *actio de positis et suspensis* (acción de cosas colocadas o suspendidas).

Indudablemente se es responsable no solamente del daño que se causa por hecho propio, sino también del causado por las cosas que se tienen en custodia.

Para ello, debe haber conexión entre la cosa y el daño. No se exige el contacto material entre la víctima y la cosa. Por ejemplo, si el conductor de un automóvil frena bruscamente y el que lo seguía maniobra para evitar el choque, pero se estrella contra un árbol.

La acción de las cosas —dicen los Mazeaud—[179] ofrece cierta independencia: ser la «causa» de un acontecimiento no es, en efecto,

[178] Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 150.
[179] Citados por Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo I, p. 80.

haber desempeñado un papel cualquiera en su realización; es haber representado en él un papel creador, haber producido el acontecimiento. La causa produce el efecto. La causa verdadera es la causa generadora. A veces, una cosa interviene en la realización de un daño sin producirlo; no lo causa. Por el contrario, en ocasiones la intervención de la cosa es, en cierto modo, «creadora»: «causa» el daño, lo produce. El árbol que cae sobre un automóvil es desde luego la causa del accidente.

11.4. La relación de causalidad entre el hecho y el daño

Para que haya responsabilidad civil es necesario un hecho causante y un daño causado por ese hecho; es decir, que el hecho sea la causa y el daño su consecuencia, por lo que entre hecho y daño debe haber una relación de causalidad, pero esa relación debe ser inmediata y directa, esto es que el daño sea una consecuencia necesaria del hecho causante.

A decir de Hedemann,[180] la llamada relación o nexo causal, es aquello en que se apoya la pretensión, la causa decisiva para la concurrencia del daño. El punto de partida, afirma el citado autor, son las sencillas palabras «por» y «a través de», es decir, que la acción ha de ser cometida «por» aquel a quien se reclama la indemnización.

Dentro de la doctrina de la relación causal han sido formuladas dos teorías principales.

La teoría de la condición o equivalencia de las causas, según la cual es causa del daño toda circunstancia, aun la más insignificante, que, de no haber ocurrido, hubiera dado lugar a «otro resultado»; es decir, todo aquello sin cuya concurrencia el daño no se hubiera producido.

[180] Hedemann, J.W. *Op. cit.*, pp. 113-116.

Esta teoría es la que predomina en el Derecho Penal. Por tanto, el acusado ha de ser considerado autor (o coautor), aunque su actuación se haya limitado a contribuir con una única y quizá lejana circunstancia, que junto a otras integraron el «precedente causal». Así, el daño ha sido producido por él; su obrar fue *conditio sine qua non* del resultado que ha de ser reparado y compensado.

Por su parte, la teoría de la causalidad adecuada (la misma que se desarrolló rápidamente después de la entrada en vigencia del B.G.B., en 1900) integra la opinión predominante para justificar la indemnización de daños por infracción de contratos.

Adecuación quiere decir adaptación. En efecto, su idea fundamental es que el resultado que hay que reparar (el daño) ha de ser «apropiado» con la forma de obrar del agente productor del daño, y por tanto debe responder del daño e indemnizarlo.

Según apunta Hedemann,[181] la cuestión a resolver en la teoría de la causalidad adecuada consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo. Solo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a esta, está en relación causal con ella y ha fundamentado el deber de indemnizar.

Interesa mucho, agrega Hedemann, determinar desde qué punto de vista se lleva a cabo el cálculo de probabilidades. Depende este de la madurez, de la vista o de la facultad de percepción del agente (pronóstico subjetivo), o tal vez el módulo a utilizar es la diligencia del hombre normal (pronóstico objetivo). La última posición, según Hedemann, es la acertada.

[181] *Ibidem*, pp. 115-117.

¿Lo decisivo es la apreciación en el momento en que el hecho tuvo lugar (pronóstico precedente), o más bien la apreciación efectuada desde un punto de vista posterior, después de que el daño se ha producido y son conocidas las circunstancias determinantes del hecho (pronóstico ulterior)? Hedemann se inclina por la primera tesis.

Ahora bien, desde el punto de vista científico —apunta Hedemann— ha de distinguirse claramente el hecho causal originario y la culpabilidad (causa y culpa).

El hombre de la calle confunde ambos conceptos. Para él, aquellas sencillas palabras «por» o «a través de» incluyen no solo la relación causal, sino, al mismo tiempo, la culpa (dice, por ejemplo: «por ti ha ocurrido todo esto»).

Tampoco los antiguos ordenamientos jurídicos distinguían nítidamente ambos conceptos, y fueron, en primer lugar, los tratadistas del siglo XIX los que establecieron con claridad esta contraposición, principalmente en el campo del Derecho Penal.[182]

Otra cuestión es si probado el nexo causal (la causación) ha de ser, además, probada la culpa como fundamento del deber de indemnización. La respuesta es afirmativa. La simple relación causal no es suficiente. Tanto en el Derecho Penal como en los supuestos de hecho de la infracción contractual civil (imposibilidad, mora, cumplimiento defectuoso), ha de concurrir, además de esta relación causal, un segundo requisito, esto es la culpa.

Por otra parte, los grados de la culpabilidad pueden ser establecidos según distintos criterios, pero usualmente se atribuye responsabilidad plena en caso de dolo y atenuada en caso de simple negligencia.

[182] Así, pueden originar daños un enfermo mental, un niño o una persona empujada por un tercero que derriba en su caída a otra y le causa una lesión corporal; sin embargo, en ninguno de estos sujetos concurre culpa alguna.

Un fenómeno moderno que ocupa un lugar intermedio entre la causalidad y la culpa, es la responsabilidad por riesgo creado. Su proposición esencial se formula así: el que ocasiona un riesgo por medio del ejercicio lícito de una industria (por consiguiente, sin culpa) u otra empresa análoga, debe responder del daño que por ello se ocasione a un tercero, aunque ni a él ni a sus dependientes les afecte culpa alguna por el hecho dañoso. Es, pues, la asunción de una garantía impuesta en cierto modo por el legislador en los casos de accidentes.

Hasta aquí las apreciaciones de Hedemann.

Dentro de ese orden de ideas, cuando la doctrina examina el concepto de daño reparable, la primera noción que considera es la de su extensión o alcance. Esta noción, por cierto, es inseparable de la relación de causalidad que vincula el daño al hecho imputable que lo origina.

El daño que obliga a una reparación es necesariamente un efecto de la causa, que es el acto culpable.

Ahora bien, ¿el lazo causal une a la falta solo con el daño inmediato o con todos los efectos subsiguientes? Si el daño causado provoca indirectamente otros perjuicios, ¿debe considerarse en la reparación solo al daño originario, aislándolo de los derivados, o estos deben ser considerados junto con aquel como un daño indivisible y único?

Sobre el particular, Dernburg[183] opina que entender por daño no solo las consecuencias directamente originadas en el hecho, sino también, al lado de estas, las que tienen su origen en circunstancias independientes, representa lo que él califica como «justicia de un ojo», porque solo tiene uno para mirar al damnificado y no lo tiene para ver al supuesto causante del daño y presunto autor de los sucesivos desastres.

[183] Citado por Alvarado Sánchez, Javier. *Op. cit.*, p. 367.

Proponer tal criterio para graduar el alcance del daño equivale ciertamente a convertir la justicia en un odioso Polifemo que, sin alcanzar a analizar equitativamente las causas del hecho, las unifica todas con la mirada inmóvil de su único ojo. Solamente ve así una causa originaria que con abusivo simplismo sitúa en el hecho que inició todo aquello que, en realidad, es un complejo proceso de causas y efectos igualmente conectables a causas remotísimas.

Pero nada esclarece mejor el problema de la limitación del daño que la distinción que hace la doctrina entre daños directos e indirectos *(circa rem* y *extra rem).* Siguiendo esta idea es posible asimilar el daño inmediato *(utilitas circa rem ipsam)* a la idea de daño directo (inmediato es lo que sin medio, sin intervención de una tercera cosa, nace de sí mismo) y, por consiguiente, de daño previsible; en tanto que el daño mediato *(utilitas extra rem)* podrá asimilarse paralelamente a la idea de daño indirecto (mediato es lo que tiene una causa que existe fuera de él) y, por consiguiente, imprevisible.

Sostiene la doctrina que trasladar el criterio para la limitación del daño de la esfera legislativa a la judicial, no es resolver el problema del límite. Significa simplemente trasladarlo. Es siempre preciso que el juez tenga una pauta que inspire en este punto sus decisiones y las coordine. Y esa pauta, ese *criterium* para la limitación, puede formularse sin mayor dificultad afirmando que el daño causado por un hecho ilícito se indemniza por todos aquellos resultados que, por seguir al hecho en forma inmediata y directa, eran previsibles.

De este modo, *contrario sensu,* quedan excluidos del concepto de daño los resultados imprevisibles del hecho. Y el daño se limita, entonces, a lo que Enneccerus[184] denomina «el primer resultado ilícito». Este primer resultado ilícito es, por cierto, el hecho mismo y no los

[184] Citado por Alvarado Sánchez, Javier. *Op. cit.*, p. 370.

que cercana o lejanamente se derivan de él. Sin embargo, como veremos oportunamente, no es esta la tesis que inspira al Código Peruano de 1984.

11.5. El carácter civil de la obligación de reparar el daño

Resulta obvio que en materia de responsabilidad civil la reparación del daño es una obligación de naturaleza civil, a diferencia de las penas de la libertad, que son punitivas y privativas y que operan en materia penal.

Como se advierte, el fundamento de la responsabilidad (civil) se centra en la regla moral que reza que nadie está facultado jurídicamente para causar daño a sus semejantes.

Si uno transgrede dicha regla, está obligado a reparar o responder por los perjuicios causados, sea que estos deriven del incumplimiento de una obligación previamente contraída (responsabilidad civil contractual), o sea que emanen de un hecho previsto por la norma jurídica y que viola un derecho absoluto que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado (responsabilidad civil extracontractual).

Dicho fundamento lleva anexo el principio de buena fe que debe imperar y con el que deben impregnarse todos los actos o negocios celebrados o a celebrarse. De ahí que el artículo 1362 del Código Civil Peruano prescribe que «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes». Esta norma, como se sabe, recoge las dos formas de responsabilidad civil (contractual y pre contractual —que se rige por los preceptos de la responsabilidad extracontractual—), dependiendo de si los perjuicios o daños son causados dentro o fuera de la esfera de una obligación.[185]

[185] Sobre las formas de responsabilidad civil, nos ocuparemos posteriormente.

Así, el fundamento moral de la responsabilidad va a la par con la creencia (personal, diligente y razonada) que tiene todo sujeto de que su actuación es conforme a Derecho; unido este elemento subjetivo con un deber de conducta que se impone al sujeto y que importa que no perjudique los intereses ajenos.

Como esa es la regla que debe primar en nuestro actuar dentro de la sociedad, y al ser un principio y fuente del Derecho, resulta lógica la consecuencia de que quien transgreda esa pauta y cause daños con su actuar, tiene que responder y resarcir los perjuicios.

12. La responsabilidad por daños desde una perspectiva filosófico-jurídica

Según destacan algunos autores, toda la teoría de la responsabilidad está profundamente vinculada a una filosofía jurídica, al hilo de la cual se construyen las respectivas nociones de «responsabilidad» y «daño».

En definitiva, para establecer la responsabilidad por daños se ha de partir, consciente o inconscientemente, de una antropología filosófica que brinda la noción del «hombre» que sufre el daño y del «hombre» que responde, pues es una manifestación de la actividad humana la que trae consigo el problema de la responsabilidad.

De allí que autores como G. Marton[186] sostengan que la responsabilidad no es un fenómeno exclusivo de la vida jurídica, sino que se liga a todos los dominios de la vida social.

En similar sentido opina José de Aguiar Días,[187] cuando expresa que: «La noción de responsabilidad deriva de los hechos sociales, es el

[186] Citado por De Aguiar Días, José. *Tratado de Responsabilidad Civil.* México: Editorial Cajica, tomo I, p. 11.

[187] *Ibidem*, pp. 9 y 10.

hecho social. Los pronunciamientos de responsabilidad (por ejemplo: la condenación del asesinato o del ladrón del miembro de la familia que la deshonró) son reflejos individuales, psicológicos, del hecho exterior social, objetivo, que es la relación de responsabilidad. De las relaciones de responsabilidad, la investigación científica llega al concepto de reparación. En efecto, no se conciben ni la sanción, ni la indemnización, ni la recompensa, sin el individuo que las deba recibir como su punto de aplicación, o sea, el sujeto pasivo, o paciente».

La responsabilidad, por lo tanto, es el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a un deber u obligación. Si actúa en la forma indicada por los cánones, no hay problema ni ventaja y resulta superfluo el indagar acerca de la responsabilidad de ahí emergente. En estos casos continúa el agente, sin duda, siendo responsable por su proceder, pero la verificación de ese hecho no le acarrea obligación alguna, esto es, ningún deber, traducido en sanción o reposición, como sustituto del deber de obligación previa, precisamente porque la cumplió. Lo que interesa, cuando se habla de responsabilidad, es profundizar el problema de la violación de la norma u obligación ante la cual se encontraba el agente.

Para Félix A. Trigo Represas y Rubén Stiglitz,[188] la noción de responsabilidad, desde la perspectiva filosófico-jurídica, tiene un doble sentido: negativo (estricto) y positivo (reflejo).

El sentido estricto o negativo se muestra como el deber de responder por algo indebido, y el reflejo o positivo se presenta cuando se tiene responsabilidad de que suceda lo debido.

Debemos «responder» —dicen los citados autores— por una circunstancia negativa (por ejemplo, por un daño); somos «responsables» (en sentido positivo) si lo evitamos y, en consecuencia, tenemos «responsabilidad» en el área respectiva.

[188] Trigo Represas, Félix A. y Rubén Stiglitz. *Derecho de Daños*. Primera Parte. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1991, pp. 318-321.

Normológicamente la responsabilidad se puede establecer con la más amplia libertad, pero sociológicamente solo está ceñida por los límites necesarios que surgen de la naturaleza de las cosas. En sentido último la responsabilidad se refiere a un «juicio de valor» que, en sus manifestaciones superiores (de valores naturales), es objetivo y no podemos forzar.

Afirman los profesores citados que la situación generadora de responsabilidad es siempre «disvaliosa».[189] Así, el valor genera un «deber ser ideal aplicado personal» (deber de actuar) tendiente a que cese esa situación disvaliosa.

Se pueden establecer responsabilidades ilegítimas, referidas a valores falsamente fabricados, pero en definitiva toda responsabilidad legítima surge con el «deber ser ideal aplicado personal» de un valor verdadero. Esta es la raíz más honda de la responsabilidad, pese al espejismo de omnipotencia de la dimensión normológica.

A decir de Trigo Represas y Stiglitz, la idea de responsabilidad es propia de las cosmovisiones dualistas y monistas moderadas, que dejan cierto espacio de interrelación entre la realidad insatisfactoria por la que se responde y el sujeto responsable.

Cuando se es monista, se concibe al sujeto como una parte del mundo determinada por el resto, no existiendo, entonces, diferenciación del sujeto; y cuando se es dualista, se niega la relación del sujeto y el mundo.

[189] Lo «disvalioso» implica siempre ilicitud y culpa, de ahí que los diccionarios jurídicos lo definen como crimen, delito y delinquir. Véase, por ejemplo, Cruzado Balcázar, Alejandro. *Diccionario de Sinónimos Jurídicos*. Lima: Talleres Gráficos de Editorial «San Marcos», 1989, p. 179.

En ambos casos, sostienen los autores que estamos citando, la idea de responsabilidad no se desarrolla. «La responsabilidad significa un 'doblez' del universo, que reclama por una de sus partes a otra considerada responsable: el monismo radical no le deja 'espacio' y el dualismo radical no tiene continuidad para su desarrollo».[190]

Los alcances de la responsabilidad dependen del puesto o jerarquía que se reconozca al hombre en el cosmos y, sobre todo, de los alcances de su proyección valorativa. Si se parte de una posición comunitaria, todos somos más responsables por todo y por todos; si, en cambio, se parte de una creencia individualista, los marcos de la responsabilidad se hacen más limitados.

Los fundamentos y alcances de la responsabilidad varían si se adopta una posición voluntarista, según la cual la voluntad la puede establecer caprichosamente, o si se reconoce una naturaleza valiosa, con independencia de la voluntad, de la que en definitiva debe surgir la responsabilidad.

Dentro de ese orden de ideas, Trigo Represas y Stiglitz concluyen en que el reconocimiento del verdadero puesto del hombre en el cosmos exige superar el desborde del comunitarismo en la masificación y trascender el individualismo y, además, requiere tener en cuenta que nuestra voluntad está limitada por la imposibilidad de forzar los valores naturales. «Hay que desarrollar, al fin, un sentido de responsabilidad referido a la persona, de carácter plenamente humanista, y la teoría trialista del mundo jurídico es una vía adecuada para lograrlo».[191]

Ahora bien, debe existir una conexión o conformidad entre la situación o hecho por el que uno responde o es responsable —captado

[190] Trigo Represas, Félix A. y Rubén Stiglitz. *Op. cit.* Primera Parte, p. 320.
[191] *Idem.*

en el antecedente de la norma o según lo descrito por ella— y la responsabilidad atribuida en la consecuencia jurídica.

Esta reciprocidad o proporción es denominada en doctrina como «correspondencia valorativa». No debe primar, pues, una mera yuxtaposición por exclusiva voluntad del legislador.

Las opiniones son unánimes en el sentido de considerar al «valor» como el común denominador que permite vincular el antecedente con la consecuencia jurídica de la norma que atribuye responsabilidad.

Dentro de este orden de ideas, se ha señalado que los diferentes planos en que se desenvuelve la actividad del hombre, inclusive la simple actividad de la conciencia (como afirma la doctrina), son los que caracterizan los aspectos de la responsabilidad. Sin embargo, una visión de conjunto reduce el tema a dos aspectos: el jurídico y el moral.

Los autores ponen de manifiesto que no existe una división radical entre las dos disciplinas. Sería infundado sustentar una teoría del Derecho extraña a la moral. Sin embargo, el ámbito y dominio de la moral es mucho más amplio que el Derecho, escapando a este muchos problemas subordinados a aquella, porque la finalidad de la regla jurídica se agota con mantener la paz social, y esta solo es afectada cuando la violación se traduce en perjuicio.

De ahí resulta que no hay responsabilidad jurídica mientras no haya un perjuicio.

A decir de Henri y Léon Mazeaud,[192] la primera distinción entre responsabilidad jurídica y responsabilidad moral se confina en el problema del pecado.

[192] Citados por De Aguiar Días, José. *Op. cit.*, tomo I, pp. 13 y 14.

Así, el hombre se siente moralmente responsable ante Dios o ante su conciencia, sea o no un creyente. Para establecer si hay o no responsabilidad moral debe indagarse el estado del alma del agente: si allí se acusa la existencia de pecado, de mala acción, no se puede negar la responsabilidad moral. No se trata, pues, de saber si hubo o no perjuicio, porque un simple pensamiento induce a esa especie de responsabilidad, terreno que escapa al campo del Derecho, destinado a asegurar la armonía de las relaciones entre los individuos, objetivo que, lógicamente, no parece comprometido por ese lado.

Con base en tales consideraciones se destaca la estrecha afinidad entre las dos disciplinas: la moral y la jurídica; y de ahí que el común denominador sea el «valor», permitiendo estrechar la situación susceptible de generar obligación de responder, con la consecuencia jurídica dada en una norma.

La regla de Derecho carecería de fundamento si no se atuviese al orden moral. El dominio de este —se dijo—, es más extenso que el del Derecho, y ello es así porque está desprovisto de cualquier fin utilitario, lo que no acontece con el Derecho, cuya finalidad es primordialmente hacer prevalecer el orden y asegurar la libertad individual y la armonía en las relaciones. Sin embargo, aún circunscrito a tal finalidad, el Derecho (como finalmente ninguna otra materia) puede dejar de ser expresión de los principios definidos por la moral.

Por otro lado, señala la doctrina que la averiguación o determinación del grado de correspondencia (valorativa) que desarrolla la relación de responsabilidad, exige reconocer cuáles son los valores por los que uno responde, o sea cuáles son los valores afectados, y cuáles son los valores mediante los cuales se responde, es decir, cuáles son los valores que se afectan al poner en juego la responsabilidad.

Todo valor puede generar responsabilidad, pero las responsabilidades que interesan desde el punto de vista filosófico-jurídico son las referidas a «valores naturales» y «valores fabricados».

Las responsabilidades referidas a «valores naturales» son las concernientes a hechos ilícitos, es decir, aquellas responsabilidades remitidas de modo directo a la justicia.

Frente a dicha responsabilidad está también —a decir de la doctrina filosófico-jurídica— la referida a «valores fabricados», que es la que tiene que ver con los contratos; es, pues, la responsabilidad contractual.

La responsabilidad por daños, desde un punto de vista filosófico, parte de la *correspondencia* entre el *antecedente* que capta la situación (o hecho) por la que se responde y la *consecuencia jurídica* que capta la solución de responsabilidad; conexión que tiene por común denominador a los valores. Así, al hilo de dicha correspondencia, los valores se vinculan de distintas maneras a fin de poder determinar si hay o no responsabilidad y, si la hubiera, de qué tipo.

Konstantin Stoyanovich[193] en su obra *La Responsabilité Historique, Archives de Philosophie du Droit*, destaca que los valores se pueden vincular ya sea coadyuvándose o integrándose entre ellos, o sustituyéndose por ser opuestos entre sí.

Al respecto, se señala el siguiente ejemplo: la indemnización del daño material suele significar correspondencia por afinidad mediante una relación entre los valores, de coadyuvancia integradora, en el que una utilidad (valor) ocupa el lugar de otra. La indemnización del daño moral es mucho más compleja, porque pretende que la correspondencia se logre por subsidiariedad, es decir, que la coadyuvancia de la utilidad con el bien dañado se logre a través de la sustitución de un valor en lugar del otro.

---

[193] Citado por Trigo Represas, Félix A. y Rubén Stiglitz. *Op. cit.* Primera Parte, pp. 322-324.

Quienes plantean la justificación de la responsabilidad por daños desde un punto de vista filosófico, apuntan que esta se puede comprender mejor si se tiene en cuenta las diferentes clases de justicia, a saber:

(a) Se suele imputar responsabilidad sin consideración o sin acepción de las personas, vale decir, abstrayendo las particularidades de cada uno, aunque a veces resulta necesario considerar dichas particularidades. Es lo que los ius-filósofos denominan justicias «extraconsensuales» y «consensuales».

(b) Asimismo, se afirma que la responsabilidad se imputa con más facilidad cuando está basada en la justicia «simétrica», o sea cuando hay menos diferencias entre las impotencias por las que se responde y las potencias con que se responde; de ahí que se recurra a la simetrización utilitaria a través de la moneda.

(c) También se dice que la responsabilidad tiene las dificultades especiales de la justicia «diagonal», que debe intervenir entre las razones de la adjudicación por la que se responde y las razones de la adjudicación afectada por la asignación de responsabilidad.

(d) Puede haber, además, responsabilidad por justicia «conmutativa» (con contraprestación) y por justicia «espontánea» (sin contraprestación). La doctrina se inclina más por la preeminencia de la responsabilidad derivada de una justicia «conmutativa», pues se sostiene que el hombre de nuestros días tiene una notoria o considerable incapacidad para la proyección relativamente «amorosa» de la justicia espontánea.

(e) En algunos casos, la responsabilidad es impuesta por justicia «gubernativa» (proveniente del conjunto social) y no por justicia «parcial». Con mucha frecuencia la responsabilidad es concebida por la vía de la justicia de «aislamiento», de carácter más individualista, pero también debe ser investigada por la senda de la justicia de «participación». Hay una responsabilidad con miras al bien de los particulares (justicia «particular») y otra en atención al bien común (justicia «general»).

Se destaca que como nuestro tiempo tiene especial incapacidad para la justicia espontánea, de participación y general, tiende a veces a forzar el razonamiento recurriendo en demasía a la justicia conmutativa, de aislamiento y particular, como lo hace cuando invoca el riesgo creado en situaciones donde debiera aducir lisa y llanamente la solidaridad social. Indica la doctrina que la dificultad de nuestra época para comprender la justicia general significa la debilidad profunda del derecho público, que en última instancia se refiere a ella: la responsabilidad de nuestro tiempo tiende a expresarse sobre todo según el paradigma privatista contractual.

(f) Finalmente, se señala que la responsabilidad, desde el punto de vista filosófico-jurídico, se caracteriza por el juego de la justicia «correctora» en lugar de la justicia «rectora». Eso significa que se ha de corregir una situación que se presenta como «disvaliosa»; pero a los hombres la «corrección» nos resulta especialmente difícil.

Ahora bien, se sabe que la justicia es un valor de categoría «pantónoma» (*pan* = todo; *nomos* = ley que gobierna) y que todos los valores jurídicos culminan en la justicia o la tienen como la finalidad última que se pretende alcanzar; de ahí que todo el complejo valorativo a nuestro alcance culmina en la humanidad (que, según indican los ius-filosóficos, también es pantónoma), y, en ese sentido, la responsabilidad se refiere, en principio, a toda la especie humana.

Cada ser humano es responsable por todos los demás, pues lo que a estos les suceda influye en la justicia de lo que a él le acontezca. De ahí que desde un horizonte de «metajusticia», hay quienes afirman que todo el universo, en cada una de sus partes, resulta «responsable» por todo el universo.

Para establecer la responsabilidad con justicia cabal deberíamos tener a nuestro alcance todo el pasado, el presente y el porvenir, de donde provienen influencias de justicia. Asimismo, se debería tener al alcance todo el complejo personal, real y temporal, en que se despliegan las influencias de este valor. Urge considerar que todos los seres humanos, todas las partes de la realidad y todos los momentos están respectivamente interrelacionados con todos los otros seres humanos, con todas las otras partes de la realidad y con todos los otros momentos.

Sin embargo, se advierte que la responsabilidad pantónoma es irrealizable, porque no somos ni omniscientes ni omnipotentes, y resulta necesario fraccionarla, o sea, en definitiva, adaptarla a nuestras posibilidades (produciendo de esta manera seguridad). De ahí que para los filósofos, el Derecho, en mucho por impulsos del liberalismo, ha intentado limitar la responsabilidad al hilo de la causalidad y la culpabilidad.

Sobre el particular, tenemos la opinión de Trigo Represas y Stiglitz,[194] para quienes la limitación de la responsabilidad al hilo de la causalidad y sobre todo al de la culpabilidad, solo sería admisible si se creyera en un sujeto autogenerado y autosuficiente, en contra de la comprensión más «estructural» del universo, que surge de los aportes científicos contemporáneos y que resulta reforzada por el tipo de organización económica de nuestro tiempo, donde se puede decir que el capitalismo «socializa» la producción.

Según los profesores citados, hoy más que nunca es evidente que el hombre es un ser social y la atribución de responsabilidad significa, en definitiva, una «readjudicación» de bienes dentro de la sociedad.

[194] Trigo Represas, Félix A. y Rubén S. Stiglitz. *Op. cit.* Primera Parte, pp. 326 y 327.

El problema se agudiza, entonces, para saber dónde hay que fraccionar para que la responsabilidad no se disuelva o estalle, generando en ambos casos masificación, que es lo contrario del «universo» integrado exigido por los valores justicia y humanidad.

De abandonarse los criterios de fraccionamiento ceñidos a la causalidad y la culpabilidad, Trigo Represas y Stiglitz se preguntan: ¿cuáles los han de sustituir? Opinan que este es uno de los más grandes desafíos de la teoría contemporánea de la responsabilidad, y el seguro individual, el seguro social y la responsabilidad directa de la sociedad son instrumentos que se han de tener en cuenta para vencerlo.

Si bien en algunos casos puede resultar legítimo fraccionar el hilo de la causalidad y la culpabilidad, en otros se han de tener en cuenta con mayor alcance las influencias del complejo social, reconociendo que es debido responder por el carácter «social» de la persona. Sin embargo, se señala que en la medida en que se abandonen esos criterios particularistas del fraccionamiento sobre la base de la causalidad y la culpabilidad y se reciban mayores influencias sociales, se llega, cuando la responsabilidad mira al bien común, al área del Derecho Público.

El individualismo —agregan los profesores citados—, procura que solo respondamos por nuestros «repartos», pero nuestra naturaleza «social» exige que también lo hagamos por «distribuciones» de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. Por otra parte, destacan que si bien puede ser legítimo fraccionar las «consecuencias», haciendo extensiva a unos la responsabilidad que corresponde a otros, el abuso en tal fraccionamiento destruye a la persona ilegítimamente responsabilizada.

La necesidad de fraccionar la justicia lleva a distinguir los «repartos justos» y los «repartos justificados», que son los más justos repartos posibles para quienes no pueden realizar los repartos justos al al-

cance de otros. De este carácter gradual de la justicia surge también el carácter gradual de la responsabilidad.

El marco de nuestras responsabilidades por justificación es muy grande y tiende a indicarnos actitudes para remediar —según esté a nuestro alcance— todas las situaciones injustas del mundo.

Finalizan Trigo Represas y Stiglitz, apuntando que si bien la materialización y la frecuencia de las relaciones de responsabilidad predominantes en nuestro tiempo permiten y requieren recurrir a criterios generales orientadores, que simplifiquen la tarea, su adjudicación significa una «crisis» de las soluciones preexistentes, la misma que suele llegar a ser muy compleja y requerir la valorización completa de cada situación. También en materia de responsabilidad se advierten los riesgos de las generalizaciones.

Hasta aquí las apreciaciones de Félix Trigo Represas y Rubén Stiglitz.

En suma, a la luz de la comprensión ius-filosófica, el tema de la responsabilidad jurídica significa una profunda relación interpersonal entre los hombres afectados por la situación «disvaliosa» y los llamados a responder.

Si bien existen otras perspectivas (por ejemplo, una responsabilidad religiosa, en relación con la divinidad), en el marco jurídico la responsabilidad se debe comprender siempre en su sentido interhumano: responden hombres respecto de hombres. Ni la naturaleza ni la cultura están por sí mismas legitimadas para requerir responsabilidad jurídica, aunque sí deben servir para la realización de la responsabilidad. Dicho carácter interpersonal, que destacan los autores respecto de la responsabilidad, exige una difícil tarea de comprensión de las personas involucradas.

Para establecer la responsabilidad hay que tener en cuenta cuáles son los objetos que en justicia merecen ser repartidos. Existe respon-

sabilidad respecto del dar y el quitar la vida, la libertad, los quehaceres, la propiedad, la privacidad y la compañía, etc., y también se responde con los bienes.

Asimismo, la doctrina ius-filosófica destaca que se ha de poner especial cuidado en asegurar que toda adjudicación de responsabilidad, sin desconocer los despliegues sociales de la persona, tome a cada hombre como fin y no como medio. Dentro de esta orientación humanista de la responsabilidad, corresponde tener en cuenta la primacía de la vía abstencionista sobre la intervencionista, decidiéndose, en caso de duda, por no imponer responsabilidad.

La adjudicación de responsabilidad se ha de comprender en las diversas perspectivas en que se debe proteger al individuo para que llegue a convertirse en persona: frente a los demás como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y contra todo «lo demás» (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.).

Finalmente, la relación interpersonal de responsabilidad exige una comprensión profunda del significado de la persona. A la luz de la teoría trialista del mundo jurídico y de sus proyecciones políticas, resulta posible —y debido— desarrollar una teoría de la responsabilidad por daños enraizada en las nociones de persona y justicia, con alcance cabalmente humanista.

13. Responsabilidad y autopoiesis jurídica (el Derecho regula a la sociedad, regulándose a sí mismo)

La autopoiesis es un concepto que nació en Chile en la década del setenta del siglo pasado, dentro del dominio de las Ciencias Biológicas, gracias a los estudios neurofisiológicos de Humberto Maturana y Francisco Varela.

En poco tiempo, dicho concepto pasó a otras ciencias, como el Derecho, donde fue transportado como un modelo o instrumento de investigación teórica.

La principal característica de esta visión autopoiética del Derecho es su auto-referencia, o como anota Gunther Teubner:[195] «El Derecho regula la sociedad, regulándose a sí mismo».

La teoría autopoiética ve al Derecho como un sistema cerrado, autónomo, con una estructura circular (como un espiral).

La auto-referencia que presenta el Derecho, desde el punto de vista de la autopoiesis, explica las situaciones tantas veces paradójicas del Derecho, que algunos anotan como antinomias, mientras que otros lo hacen por la verificación de que cada regla (de Derecho) conoce su contra-regla y de que cada proposición de la doctrina jurídica puede, partiendo de la propia doctrina, conocer otra proposición exactamente opuesta.[196]

La tesis de la autopoiesis jurídica apunta, además, a que la realidad posee (independientemente del conocimiento humano y de su aprehensión cognitiva) una estructura circular, por lo que la realidad del Derecho es una realidad estructurada circularmente.

Es decir, con la auto-referencia que propugna la autopoiesis jurídica, el Derecho (con su circularidad propia) se libera del envolvente medio social, ya que finalmente tiene medios, fuerza y condiciones originarias para producirse.

Los pilares o bases del funcionamiento de los sistemas jurídicos residen, no en las condiciones externas o exógenas impuestas por el

[195] Citado por MARTINS MATEIRO, Mario José. «Un abordaje Autopoiético de la Responsabilidad». En *La Responsabilidad*. Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. GOLDENBERG. Atilio Aníbal ALTERINI y Roberto M. LÓPEZ CABANA (Dir.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Casa Editorial, 1995, p. 63.

[196] Roberto Unger, Hart, Ophuels, Ross, Teubner y George Fletcher denominan a estas contradicciones como «paradojas del pensamiento jurídico» o «puros errores intelectuales». (Citados por MARTINS MATEIRO, Mario José. *Op. cit.*, p. 64).

medio envolvente a las cuales tenga que adaptarse de la mejor manera posible, sino finalmente en el propio seno sistémico.

Al respecto, Gunther Teubner[197] indica que las más insignificantes variaciones que cotidianamente sufre el Derecho, las cuales lo hacen evolucionar, no son producto del conflicto social, sino de la propia intercomunicación del sistema jurídico, tornándose el conflicto, algunas veces, irreconocible para los litigantes.

Por otro lado, la idea de sistema implica la de estructura, en la cual el sistema se caracteriza y fluye. De allí la comparación de la idea autopoiética del Derecho con las figuras geométricas que intentan reflejar su estructura.

Hans Kelsen imaginaba el Derecho como una pirámide cuyos criterios de construcción incluían la jerarquía y la cantidad creciente de las normas inferiores. En ese sentido, los autores admiten a la autopoiesis como «hija de la teoría pura» de Kelsen.

En consideración a dicha premisa, Mario José Martins Mateiro[198] expone que ve al Derecho como una estructura lineal, rechazando su estructura piramidal, pues no considera la jerarquía de las leyes (elemento formal) como elemento esencial, imprescindible del concepto de norma.

Un enunciado —dice Mario José Martins Mateiro—, una comunicación o una hipótesis legal, no es sinónimo objetivo de norma; por tanto, no hay correspondencia entre norma y ley: de una ley se extraen varias normas y de varias leyes se extrae una sola norma jurídica.

Siendo así —agrega el citado autor—, no se acepta concebir un sistema normativo cuya estructura (material) esté totalmente en el

[197] *Ibidem*, pp. 64 y 65.

[198] *Ibidem*, pp. 65-68.

mismo plano, es decir, donde no haya normas superiores o inferiores ni necesidad teórica de recurrir a la «Gran Norma».

El Derecho es lineal —añade Martins Mateiro—, la línea es la imagen de la unidad, de la coherencia, de la integridad y de la continuidad. El Derecho es una sucesión ininterrumpida y completa de normas. Entre dos normas siempre es posible «construir» o «descubrir» otras, ya que la vida no es tan simple para reducirse a hechos aislados, así como tampoco pueden ser aisladas las normas.

Martins Mateiro finaliza afirmando que el sistema jurídico es reflexivo porque es «una incesante sucesión de correlaciones internas operadas en una red cerrada de elementos en permanente interacción». El Derecho contiene sus propias reglas de organización, no busca afuera su alimentación, no se «inventa» sino que se «descubre», y las normas están ahí, precisando ser descubiertas; y no en virtud del descubrimiento de principios desconocidos e inéditos, sino a mérito de un afinamiento y de una educación progresivos de la conciencia jurídica contemporánea, influida por la obra de juristas, legisladores y magistrados, en quienes el *homo spiritualis* se encarna intermitentemente.

Hasta aquí el parecer de Mario José Martins Mateiro sobre el sistema jurídico desde una perspectiva autopoiética.

Dentro de tal orden de ideas, resulta necesario señalar cuál es la visión tomada por la autopoiesis respecto de la responsabilidad.

Para el referido instrumento de investigación teórica, el fundamento de la responsabilidad no puede estar más en descubrir un «culpado», sino, puramente, en la reparación del daño para que el Derecho en sí mismo esté protegido.

Cuando los daños pasan a ser producidos no por el ser humano, sino por los productos de la tecnología de aquel, no hay forma de

imputar una culpa a la cosa —que no tiene sentimiento y es amoral— para, liberando el hecho ilícito del elemento subjetivo de la culpabilidad, ir directamente al elemento objetivo del daño.

El acto ilícito deja de ser visto como una contrariedad al Derecho, o a la norma. Simplemente se le aprecia como el hecho jurídico cuyos elementos existenciales son la acción o la omisión y el daño, unidos por una relación de causa y efecto, para pasar a ser un hecho no conforme al deber.

Cuando el Derecho admite la indemnización de los daños, abandonando el elemento culpa, está realizando su auto-creación para poder mantener su integridad.

La doctrina aduce que el descubrimiento jurídico de los hechos que originan las diversas formas de responsabilidad no es más que un ejercicio autopoiético y, al concebir una estructura geométrica para el sistema jurídico, no se puede colocar ese instituto de la responsabilidad en un solo punto. Si así fuese, su existencia y su localización en la estructura justificarían alguna norma superior, pero solo una norma. La responsabilidad puede, con todo, ser explicada jurídicamente por varias normas, como también justifica otras tantas, sin que necesariamente se vislumbre entre ellas grados de jerarquía.

En verdad —según quienes propugnan este modelo de investigación—, la responsabilidad se crea a sí misma dentro del sistema. La responsabilidad es el campo ideal para demostrar que las premisas filosóficas condicionan la estructura y las soluciones de la ciencia jurídica. Así, exige la revisión en muchos dominios de los presupuestos tradicionales de la responsabilidad y de la propia estructura de la obligación de indemnizar, que pasan a estar más centrados en el imperativo de indemnizar un daño que en la búsqueda y censura de su responsable.

14. Fundamento de la responsabilidad civil

Se ha expresado en forma reiterada que la obligación de reparar nace cuando alguien resulta perjudicado como consecuencia de la violación de un deber jurídico preexistente, ya que, como se sabe, los individuos están sometidos a un orden jurídico, en donde deben cumplir las normas o atenerse a las consecuencias derivadas del incumplimiento, que consisten, en este último caso, en la indemnización de los daños y perjuicios.

De ahí que Julien Bonnecase[199] sostiene que el término «responsabilidad» equivale, en el fondo, a lo que se llama cumplimiento indirecto de la obligación. Ella traduce la posición de quien no ha cumplido a lo que se ha obligado, sin que pueda ser constreñido a cumplir en especie, y por eso es condenado al pago de daños y perjuicios. Por tanto, se trata de saber en qué condiciones o, si se prefiere, «en razón de qué culpas», será condenado, y determinar también el monto de dichos daños y perjuicios.

Dentro de esa línea de pensamiento, el estudio de la responsabilidad civil debe relacionarse con el de la estructura de la obligación y sus elementos integrantes, los mismos que según Cazeaux y Trigo Represas[200] se reducen a dos: la deuda *(debitum, schuld)* y la responsabilidad *(nexum, haftung).*

La deuda es concebida como una relación jurídica cuyo contenido es un «deber jurídico» que no implica ninguna idea de necesidad ni de coacción para lograr su cumplimiento; es un estado de presión

[199] Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones.* Traducción de José M. Cajica Jr., Puebla: Biblioteca Jurídica-Sociológica, 1945, tomo II, p. 409.

[200] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.,* tomo II, p. 564.

psicológica en que se encuentra el deudor, ante la existencia de una norma jurídica que le exige el cumplimiento de la prestación, y la legítima expectativa del acreedor de recibir dicha prestación, por el solo hecho de que le es jurídicamente debida.

Sin embargo, la «responsabilidad civil» no se agota en el tema sobre la obligación de reparar un daño.

14.1. Tendencias doctrinales

Veamos las tendencias doctrinarias existentes:

14.1.1. La definición de responsabilidad supone un conflicto suscitado entre dos personas

Tal confrontación es todo el problema de la responsabilidad, pues siempre será responsable el que deba reparar el daño: «responsable es el que responde».

En ese sentido, cuando se está en presencia de un daño, la pregunta que cabe hacer será: ¿existe un responsable?, ¿puede la víctima volverse contra un tercero para pedirle la reparación del perjuicio?

Quienes adoptan esta definición, se mantienen dentro de la concepción tradicional de la «culpa», la misma que exige, al menos en principio, que haya mediado una conducta reprensible por parte del autor material del daño, para condenarlo a la reparación.

14.1.2. La definición de responsabilidad supone que «alguien» deba soportar un daño

A consideración de Josserand,[201] la responsabilidad existe no solo en el caso en que la víctima del daño tenga algún recurso contra otro,

[201] Citado por *ibidem*, p. 565.

sino incluso en aquel en que, por no poderse quejar sino de si misma, deba ella en definitiva cargar con su perjuicio.

Según este sistema, la pregunta será la siguiente: ¿quién es el responsable?, ¿un tercero o la propia víctima?

Si se parte del presupuesto de que todo daño tiene un responsable, el planteamiento se desplaza a una simple cuestión de repartición de daños; solo habrá que buscar quién será el sacrificado, y entonces, en ausencia de culpa, ¿por qué lo será más bien la víctima, que el autor o causante del daño?

De ahí que el propio Josserand[202] también haya sostenido: «Tenemos sed de justicia, esto es, de equilibrio jurídico y cuando sucede un desastre buscamos el responsable; queremos que haya un responsable; ya no aceptamos dócilmente los golpes del destino, sino como un acto directo o indirecto del hombre».

Se aprecia entonces que la culpa no es soberana en el campo de la responsabilidad o, al menos, no le pertenece exclusivamente, sino que deberá ser compartida con el concepto de «riesgo», el mismo que se muestra con una noción más amplia, objetiva y económica: no serán responsables únicamente los «culpables», sino que lo serán también, y a menudo, los causantes o autores del daño.

14.2. Criterios surgidos ante la insuficiencia de la culpa

Dado que la culpa resultaba insuficiente como elemento de la responsabilidad civil, ante el número cada vez mayor de accidentes y de víctimas que exigían una obligación más severa de resarcir los perjuicios, aparecieron dos criterios al respecto:

[202] *Idem.*

14.2.1. El primero postuló sustituir la idea de culpa por la de «riesgo creado»

Según esta posición, lo que determina la obligación de indemnizar es la idea de riesgo y de provecho, que en el dominio de la industria reviste particularmente el nombre de «riesgo profesional».

La actividad humana, siempre en progreso, ha llegado a ser más que nunca una fuente de riesgos; entonces, ¿no resulta equitativo y útil que ella misma sea fuente de responsabilidad?

Asimismo, se plantea lo siguiente: quien cumple una acción lícita, libre de toda culpa y de la que recogerá resultados felices, previstos o imprevistos, ordinarios o fortuitos, ¿no es lógico que soporte igualmente las consecuencias dañosas, así fuesen inmerecidas?

Aun más, cuando una fuerza causa un perjuicio material o moral a las personas que encuentra en su camino, ¿no es a quien la ha desencadenado en su propio interés al que corresponde responder definitivamente por el daño causado, antes que a la víctima que, totalmente extraña a esta fuerza, ha sufrido pasivamente el choque?

Sobre el particular, Cazeaux y Trigo Represas[203] indican que la noción del riesgo creado se limita a referir el efecto a la causa, a hacer a esta responsable de aquel, y determinando que prevalezca en el dominio jurídico la regla que gobierna soberanamente el mundo material como el mundo intelectual, glorifica ante todo la acción, a la que asigna toda su alta significación social. Opone entonces a la vieja fórmula individualista: «no hay responsabilidad sin culpa», hecha para los hombres que viven aislados o que no tienen sino relaciones poco frecuentes, una concepción social que responde a las necesidades de nuestras sociedades modernas tan activas, descartando las búsquedas

[203] *Ibidem*, p. 566.

subjetivas, siempre delicadas, y tratando al hombre no como una individualidad abstracta, sino como una unidad social.

Hasta aquí la opinión de Cazeaux y Trigo Represas.

Como la noción del «riesgo creado» se opone a la de la culpa, ya que es una teoría objetiva, se sostiene que es injusta no solo porque amenaza profundamente a la teoría subjetiva tradicional, sino porque también resulta inicua en su proyección sin limitaciones.

La mera imputabilidad física del acto ilícito del agente, con prescindencia de su voluntad culpable, en que se inspira, también implica para muchos autores una deshumanización del Derecho, que termina por transformarlo en una «mera acción física de las acciones humanas» (como ha dicho Llambías), en una justicia de un solo ojo, que solo mira a la víctima, olvidando que también el autor del daño tiene derecho a un tratamiento justo.

Asimismo, se cuestiona el soporte de esta tesis porque resulta contraria a la noción misma del progreso. Decir que el hombre debe soportar las consecuencias de sus actos, aunque sean lícitos, desde el momento en que perjudican a otro, porque cada cual debe correr el riesgo de sus propios actos, es apartar al hombre de la acción y condenarlo a la inercia.

14.2.2. El segundo criterio postuló una nueva concepción de la «falta»

Señalaba que su contenido sería en adelante «objetivo», es decir, tomaría en cuenta exclusivamente la violación del orden social y de las reglas por este impuestas, para asegurar la paz y el bienestar común.

Esta postura aprecia el acto productor del perjuicio, no en cuanto a la pureza que el mismo tiene en la conciencia del autor del daño, sino respecto de su conformidad con las reglas que son propias para la conservación de la paz social, para el mantenimiento del orden so-

cial; culpa es toda infracción de una obligación preexistente, y por ende no existirá culpa si no se ha faltado o dejado de cumplir deber alguno.

Pero esta teoría es igualmente criticada por la doctrina, porque la falta, en tanto comportamiento reprochable del sujeto, supone indefectiblemente un «error de conducta», una actitud equivocada en la forma de dirigir sus acciones por parte del sujeto, lo cual, evidentemente, no existe en todos los casos de infracción de un deber jurídico.

De ahí que aun cuando se siga sosteniendo que la base del sistema de la responsabilidad encuentra su fundamento primordial en la culpa, también se admite que este deba ser integrado con otras ideas, como la del riesgo creado.

En lo que respecta al Código Civil Peruano de 1984, el fundamento de la responsabilidad es subjetivo, según resulta —en especial— de sus artículos 1321 y 1969, relativos a la inejecución de obligaciones y a la responsabilidad extracontractual, respectivamente, preceptos que disponen lo siguiente:

Artículo 1321.- «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».

Artículo 1969.- «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor».

Esto significa que para nuestro Derecho no hay responsabilidad sin culpa. Sin embargo, coexisten supuestos de responsabilidad sin culpa, como por ejemplo el caso contemplado por el artículo 1979 del Código Civil, el mismo que establece lo siguiente: «El dueño de un animal o aquél que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que este cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero».

En ese sentido, podemos decir que existen hechos propiamente ilícitos o personales del autor, en los cuales el fundamento de la responsabilidad es la voluntariedad y la culpa; y hechos no ilícitos, pero de los que se derivan daños a terceros (casos de responsabilidad por el hecho de otro, o de los animales o cosas de que uno se sirve o tiene a su cuidado), en los cuales la responsabilidad está impuesta por la ley y se hace entonces sentir la necesidad de admitir el «riesgo creado» también como fundamento.

Como sostiene Demogue, aplicando la distinción entre obligaciones de medios y de resultados (por cierto, negada y combatida por nosotros), la responsabilidad será subjetiva o por culpa, si el deber violado estaba constituido por una obligación de conducirse en la vida de sociedad en forma adecuada y razonable para no causar daños a terceros (deber jurídico de «medios»), lo que se da en los supuestos de responsabilidad por el hecho propio; mientras que nos encontraremos frente a la llamada responsabilidad objetiva o sin culpa, si el deber consiste en una obligación determinada o de resultado, lo cual se da en el campo extracontractual, por ejemplo contra el dueño o guardián de las cosas o animales causantes de un daño.

Por otro lado, y en estricta relación con el fundamento de la responsabilidad civil, conviene precisar los ámbitos en los que opera su

finalidad, pues creemos que esta no se resume únicamente en un modo de distribución de la carga de los riesgos, sino que es solo uno de los propósitos que atañen a su cometido.

Si el principio general es que no hay responsabilidad sin culpa (y que la responsabilidad por riesgo no se muestra consagrada en una norma genérica contrapuesta a aquel principio, sino que aparece en un sector particular previamente delimitado, cual es el del daño causado por el riesgo de la cosa), los roles de la reparación de daños se desenvuelven en varios ámbitos dentro de la sociedad, ya sea para paliar, mitigar o aminorar esos «fundamentos», a saber:

- La responsabilidad civil se desempeña como un instrumento de regulación social, en la prevención de los comportamientos antisociales. En la terminología de André Tunc,[204] el rol normativo de la responsabilidad civil se manifiesta en principio como una incitación a evitar los comportamientos socialmente reprochables, pero se advierte hoy que ella revela igualmente un aspecto positivo consistente en asegurar el respeto de los derechos.

- Se destaca también la función distributiva de la carga de los daños. En los últimos tiempos, resulta evidente un proceso gradual de socialización de los riesgos, proceso que coincide con el apartamiento del fundamento subjetivo de la responsabilidad. Los más entusiastas ven en un futuro cercano la desaparición de la responsabilidad civil sustituida por un sistema de seguridad social y legislación asistencial, lograda mediante los ingresos fiscales del Estado que asumiría el costo de los daños causados. Los autores suelen mostrar como ejemplo óptimo al sistema de Nueva Zelandia, el mismo que aportó al pro-

[204] Citado por Trigo Represas, Félix A. y Rubén S. Stiglitz. *Op. cit.* Primera Parte, pp. 45 y 46.

blema de los accidentes una respuesta sin precedentes, mediante un fondo público de indemnización de víctimas que hizo inútil toda innovación en materia de responsabilidad civil.

Al respecto, Trigo Represas y Stiglitz[205] opinan que el efecto del seguro sobre el derecho de daños producirá, por un lado, cierta «ampliación de la responsabilidad»; pero, paradójicamente, por otro, conducirá a la «contracción del campo de aplicación», en tanto su función admonitoria se vería restringida por la existencia misma del seguro. El resultado sería —opinan los citados autores—, que para una esfera muy limitada, el Derecho de daños se acercaría más al Derecho Penal al sancionar la conducta inmoral, mientras que para la inmensa mayoría de accidentes debidos a las circunstancias sociales modernas, la indemnización se podría convertir francamente en una cuestión de responsabilidad estricta o ser reemplazada por el seguro.

Desde el punto de vista de la víctima —finalizan Trigo Represas y Stiglitz—, el sistema ideal de resarcimiento será aquel que le permita una rápida recomposición de sus intereses esenciales sin tener que interrogar sobre la causa del perjuicio. Es evidente que la aparición del seguro, de la seguridad social, de los regímenes de garantía estatal, indican la evolución de la responsabilidad civil a otra forma de reparación colectiva o de socialización de los daños.

- Se reconoce también la función de garantizar a los ciudadanos su integridad personal, lo mismo que la de sus bienes y derechos.

[205] *Ibidem*, pp. 49 y 50.

- La reparación de la víctima es la finalidad indiscutible y fundamental de la responsabilidad civil. El objetivo primordial del Derecho de daños es la protección de la víctima, función primera de la responsabilidad civil que hoy se ve acrecentada y privilegiada por la debilidad del hombre común o, como dirían muchos autores, del ciudadano pequeño, del hombre necesitado y falto de experiencia en muchos quehaceres, del que vive y padece la vulnerabilidad de la era tecnológica.

15. Factores de atribución de responsabilidad civil

Jorge Mosset Iturraspe[206] define la responsabilidad civil como el conjunto de normas que, como sanción, obligan a reparar las consecuencias dañosas, emergentes de un comportamiento antijurídico, que es imputable, física o moralmente, a una persona.

Consideramos completa la definición dada por Mosset Iturraspe, ya que anota, de modo descriptivo, todos los factores de atribución de la responsabilidad civil.

Aun cuando se distinga doctrinaria o legislativamente a la responsabilidad en contractual y extracontractual —o responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y responsabilidad por actos ilícitos, respectivamente—, el concepto o definición que recae sobre ella es único. Cualquiera que sea la fuente que la origine, participa de una naturaleza única, sobre la base de presupuestos comunes, no obstante existir matices diferenciadores.

De dicha unidad conceptual se desprenden los siguientes presupuestos que, a la vez, son los factores de atribución de responsabilidad civil:

[206] Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: EDIAR, 1988, p. 337.

(a) La antijuridicidad o ilicitud.

(b) La imputabilidad, elemento que se forma sobre la base de dos factores: la culpa y el dolo.

(c) El daño.

(d) La relación de causalidad.

Analizaremos cada uno de esos presupuestos.

15.1. La antijuridicidad o ilicitud

El acto dañoso, para que produzca obligación de reparar o indemnizar, ha de ser antijurídico; esto es, contrario a derecho. En otro caso, el agente que causa el daño está ejercitando un derecho suyo y sus actos no pueden ser objeto de reproche por parte del ordenamiento jurídico.

Dado que el ordenamiento jurídico entraña un equilibrio de deberes y derechos recíprocos que solo puede ser alterado por la libre voluntad, el acto ilícito conlleva la ruptura de este equilibrio y por consiguiente el desmedro o vulneración de algún derecho o «interés jurídicamente protegido». Es en este aspecto que el acto ilícito tiene interés doctrinal y cabida legislativa en el Derecho privado.

Por ello, cuando un acto transgrede un deber jurídico, para el Derecho privado es un acto ilícito y no le interesa si dicho acto merece o no una pena en el ámbito del Derecho público. Lo único que le interesa es si hay o no quebrantamiento de un deber jurídico y si, producido este, se ha lesionado el derecho de otro. Así se plantea un problema de obligaciones, ya que surge una «obligación de reparar», cuyo origen, por no ser una obligación voluntariamente pactada, solo puede nacer de la ley.

Dentro de ese orden de ideas, Chironi[207] señala que todo hecho que produce la violación de un deber, tenga este su razón de ser en la voluntad o en la ley, es un acto ilícito.

Se sabe que las acciones humanas pueden ser conformes u opuestas a la legislación. Cuando dichas acciones resultan acordes con las disposiciones legales, merecen siempre el amparo y la protección legal, pues son lícitas. En cambio, si se ejecutan en contra del mandato expreso del legislador o lesionan el derecho de otro, son actos ilícitos y generan para su autor la exigencia de reparar el daño causado, constituyéndose en fuente de obligaciones.

Resulta perfectamente compatible aquel criterio que opone la licitud a la ilicitud, derivando de dicha distinción, «necesariamente dicotómica», que «todos los actos con efectos jurídicos son lícitos o son ilícitos». Los actos ilícitos son hechos jurídicos, pero no actos jurídicos, porque si bien se realizan voluntariamente por el hombre, carecen de la intención de producir efectos jurídicos. Recordemos que el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, exigiéndose, para su validez, entre otros requisitos, que tenga un fin lícito.

Según anota Roberto López Cabana,[208] en una primera aproximación, la ilicitud se encuentra subsumida en un concepto más genérico: la disconformidad. Objetivamente considerada, es una conducta o actividad desenvuelta en contradicción de la permitida o impuesta por el ordenamiento jurídico. La contradicción entre la norma y la conducta debe juzgarse al momento de producirse el hecho, para no violar la órbita de libertad que garantiza toda Constitución Nacional.

---

[207] Chironi, G.P. *Op. cit.*, p. 86.

[208] López Cabana, Roberto M. «Ilicitud». En *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Op. cit.*, pp. 153 y 154.

Acordes con el parecer de López Cabana, creemos que tampoco puede hablarse de ilicitud si se omite realizar un acto que la ley no ordena.

Solo una concepción objetiva del fenómeno de la ilicitud permite llegar sin dificultades a la explicación de su unidad, que se manifiesta, como se ha visto, por la violación del Derecho objetivo, considerado como un todo coherente, y sin que sea relevante distinguir entre ilicitud penal, civil, laboral, tributaria o de otra índole.

Ahora bien, mientras en el ámbito penal toda conducta que configura un delito o falta es antijurídica, cause o no daño y sea o no imputable al agente, en el ámbito civil la llamada «responsabilidad extracontractual», con la consiguiente obligación de reparar, nace de incalculables conductas atípicas que vulneran una regla tan general que ordena «no dañar a otro» *(alterum non laedere)*, conductas que, además de ser ilícitas, para producir la obligación de resarcir han de causar daño efectivo.

Sobre el particular, Lacruz Berdejo[209] dice que nos hallamos ante un ámbito casi infinito y en continuo devenir de posibles actuaciones y posibles perjuicios: a falta de tipicidad, todo daño irrogado a una persona en sus sentimientos, en su cuerpo o en sus bienes jurídicos —aunque no constituyan un propio derecho subjetivo—, ha de ser reparado mientras el agente no proceda en el ejercicio regular y no abusivo de un derecho (y todavía con la debida diligencia) o medie una causa de justificación.

Tal es el valor de la regla *alterum non laedere* (no dañar a otro), tan invocada por la jurisprudencia, y que, sin embargo, si es interpretada literalmente, y por cuanto no distingue entre modos de causar el

[209] Lacruz Berdejo, José Luis. *Elementos de Derecho Civil.* Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1995, vol. II, tomo II, p. 468.

daño, prohibiría toda acción molesta para el prójimo, cuando, exactamente, lo que veda es el daño injusto. Es en este último sentido como ha de entenderse la regla *(alterum «iniuste» non laedere)*. La doctrina anota que la omisión, en ella, del término *iniuste*, significa, a su vez, que todo daño inflingido a otro es injusto y da lugar a resarcimiento si no concurre alguna de las circunstancias que lo legitiman. La antijuridicidad, entonces, se manifiesta en forma negativa: la juridicidad del acto o la presencia de una causa de justificación pueden, aun habiendo daño, excluir la responsabilidad.

Es por ello que Lacruz Berdejo[210] expresa que dicha causa de justificación, no difiere mucho, en el Derecho Civil, de las causas de justificación del Derecho Penal. Elimina la antijuridicidad el obrar en defensa legítima y proporcionada a la agresión, de uno mismo o de otro; la autorización de la ley en relación con una orden de la autoridad legítima, o permitiendo proceder al agente mismo; así como el estado de necesidad, que autoriza causar intencionalmente un mal a fin de evitar otro más considerable —el automovilista choca deliberadamente contra un vehículo estacionado a fin de evitar el atropello de un peatón—. En este último caso suele entenderse que la superioridad del bien salvado sobre el perdido justifica la conducta del agente, si bien el propietario favorecido, en principio, habrá de responder ante el damnificado en proporción al beneficio que el perjuicio ajeno le ha reportado.

De este desarrollo puede extraerse la conclusión de que son actos lícitos los que están consentidos por el Derecho y se hallan tutelados por este; y que, inversamente, son ilícitos los actos, positivos o negativos, contrarios a la ley, que importan una invasión a la esfera jurídica de otra persona y que, por consiguiente, determinan alguna sanción legal.

[210] *Ibidem*, p. 469.

15.2. La imputabilidad

No se incurre en responsabilidad civil sin una conducta o comportamiento que, además de ser contrario al ordenamiento jurídico, sea atribuible a una persona.

Dicha atribución o imputación puede ser meramente física u objetiva —imputabilidad material— o estar referida a una voluntad jurídica o subjetiva —imputabilidad moral—.

Sin embargo, el concepto clásico de responsabilidad está íntimamente ligado —de modo inescindible— con el de imputabilidad moral, sobre la base de sus dos factores: la culpa y el dolo.

Ambos factores se vinculan a la operación intelectual de previsión, sea bajo la forma de un efectivo «haber previsto» (dolo) o un virtual «haber podido prever» (culpa).

El concepto de culpa, como factor de imputabilidad, es único y está dado ya sea por la negligencia, imprudencia o impericia; el dolo se plantea por la voluntad deliberadamente desplegada a un resultado de antijuridicidad.[211]

Veamos separadamente cada uno de estos elementos de imputabilidad.

[211] Según opinión de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, si el hecho ilícito se perpetra con dolo, es delito, si con culpa, cuasidelito (parecer que no compartimos respecto del dolo). A decir de los citados autores, delito es el hecho ilícito, cometido con intención de dañar, que infiere injuria o daño a otra persona, y cuasidelito es el hecho ilícito culpable, pero cometido sin intención de dañar, que ocasiona injuria o daño a otra persona (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA. *Curso de Derecho Civil.* Tomo I, vol. I. Santiago de Chile: Editorial Nascimiento, 1961, pp. 497-499).

15.2.1. El dolo

El dolo tiene en el Derecho diversas acepciones. En sentido lato, implica una idea de mala fe, malicia, fraude, engaño, de conducta contraria al Derecho.

Así, su concepto no es único, pues se presenta desempeñando una triple función:

(a) El dolo, como vicio de la voluntad, es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir en la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no habría sido celebrado o lo hubiera sido en condiciones diferentes: es el dolo que falsea la intención del agente y que este puede aducir para obtener la anulación del acto celebrado con ese vicio.

A decir de Manuel Albaladejo,[212] hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas se induce a emitir una declaración que sin ellas no se hubiese emitido. Se trata de un error provocado por un comportamiento engañoso, para conseguir una declaración, que se emite debido a aquel. Se precisan, pues: el comportamiento engañoso (elemento objetivo), el ánimo de engañar para obtener la declaración —*animus decipiendi*— (elemento subjetivo), la producción del engaño o error, y por último, que este determine la declaración. El error es causa inmediata de la declaración, y, a su vez, el dolo es causa inmediata del error y mediata de la declaración.

Por su parte, Fernando Vidal Ramírez[213] sostiene que el dolo constituye un vicio de la voluntad en función del error que

[212] ALBALADEJO, Manuel. *El Negocio Jurídico.* 2ª ed. Barcelona: Bosch-Ronda Universidad, 1993, pp. 116 y 117.

[213] VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano.* 2ª ed. Cultural Cuzco S.A., 1990, p. 366.

hace sufrir a la víctima. Por eso se dice —agrega el autor nacional— que es un error provocado. Pero error y dolo son dos conceptos perfectamente diferenciables, mediando entre uno y otro la espontaneidad. El error tiene como característica la de ser espontáneo, mientras que el dolo es la inducción al error, su provocación. Asimismo, agrega Vidal Ramírez que en el error no hay mala fe y que esta última es inherente al dolo, pues la cognocibilidad del error por la «otra parte» de ningún modo implica necesariamente mala fe.

Nótese, en suma, que el dolo como vicio de la voluntad implica siempre una mala intención en el agente, ya que con ardid este logra una declaración y por ende la celebración de un acto que lo beneficiará. Asimismo, cabe añadir que el dolo causante de anulabilidad de un acto jurídico, puede proceder también de un tercero, siempre y cuando el engaño empleado por el tercero, fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él (artículo 210, segundo párrafo, del Código Civil Peruano).

Ahora bien, la doctrina distingue varias clases de dolo. Así, la diferencia más importante es la que lo clasifica en dolo determinante o causante (artículo 210 del Código Civil Peruano) y dolo incidente o incidental (artículo 211 del propio Código), según sea causa de anulabilidad del acto jurídico o solo dé lugar a indemnización de daños y perjuicios. Además, se le distingue en positivo y negativo (artículo 212 del Código Civil), según se trate de una acción o una omisión; y en directo (artículos 210, primer párrafo, 211, 212, 213 y 229 del Código Civil) o indirecto (artículo 210, segundo párrafo, del Código Civil), según lo utilicen las partes o un tercero.

(b) En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que deriva de su hecho: es la característica del delito civil, y en tal sentido se opone a la culpa

como elemento distintivo del antes denominado cuasidelito. Tal es el dolo delictual (artículos 1969 y 1986 del Código Civil Peruano).

(c) En el incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para inejecutar la prestación debida. También es denominado dolo obligacional.

La característica común de la triple función del dolo está en la «mala fe», ya sea en la ejecución o en la omisión de un acto, la misma que, a decir de algunos autores, se presenta en grados diversos y con caracteres distintos. Así, por ejemplo, el dolo como particularidad de los delitos, aparece como mala voluntad, pero aplicada al hecho con la «intención de dañar». En los vicios de la voluntad, incluye todos los procedimientos reprobados mediante los cuales se «induce» a una persona a la celebración de un acto. En las obligaciones en general, su aplicación es con respecto de la inejecución o mala ejecución de ellas. Aquí el dolo aparece como un simple «incumplimiento» o «mal cumplimiento» de la obligación, causado, sin embargo, por una actitud consciente y deliberada del deudor.

Del dolo, en este sentido, es que nos ocuparemos a continuación.

Felipe Clemente de Diego[214] entiende que para incurrir en dolo basta con la conciencia actual de que se obra mal, y que del obrar pueden proceder consecuencias dañosas para otro, toda vez que en la inmensa mayoría de las ocasiones no es precisamente la intención de causar un mal al acreedor lo que mueve al deudor, sino la simple intención de proporcionarse una ventaja propia.

---

[214] De Diego, Felipe Clemente. *Instituciones de Derecho Civil.* Madrid: Artes Gráficas, 1959, tomo II, p. 32.

Anota Palacio Pimentel[215] que el dolo consiste en actos (positivos u omisiones) encaminados a evadir deliberada y conscientemente el cumplimiento de una obligación o, por lo menos, de retardar su ejecución; no importa negligencia o descuido, sino deliberada intención de no cumplir con la obligación.

La responsabilidad que procede del dolo es exigible en toda clase de obligaciones, sin que sea posible renunciar por anticipado a la acción destinada a excluir o limitar tal responsabilidad, pues dicha renuncia equivaldría a autorizar la mala fe y el fraude en las relaciones sociales y jurídicas, con lo que desaparecería la seguridad en los negocios y el sentido ético de la vida.

Tradicionalmente el dolo se entiende caracterizado por los siguientes factores o elementos:

(a) La acción positiva de incumplir.

(b) El *animus nocendi* o la intención de causar daño. Respecto de este factor o elemento existen en doctrina las siguientes posiciones:

A decir de Hedemann,[216] por ejemplo, dicho elemento deriva de la dirección positiva que tiene el dolo, pues la voluntad impulsa hacia un fin querido al que obra «dolosamente».

Conforme al citado autor, se enfrentan aquí dos teorías principales: la de la representación y la de la voluntad. La primera ha desarrollado un amplio concepto del dolo; la segunda, reduce su ámbito.

---

[215] Palacio Pimentel, Gustavo H. *Las obligaciones en el Derecho Civil Peruano*. Tercera Edición. Lima: Editora y Distribuidora de Libros Huallaga E.I.R.L., 1990, tomo I, p. 492.

[216] Hedemann, J.W. *Op. cit.*, Vol. III, pp. 161 y 162.

La primera también considera dolosos aquellos casos en que el agente previó el resultado claramente, pero no lo tomó como fin de su voluntad. Es suficiente que haya sido previsto el resultado (contrario a derecho), esto es, que el agente haya tenido conciencia de la relación causal de su acto.

La teoría de la voluntad, por el contrario, solamente habla de dolo cuando el querer del agente estaba directamente encaminado al resultado que sea objeto de enjuiciamiento.

Sin embargo —en palabras de Francisco Bonet Ramón—,[217] ambas teorías están de acuerdo con que el *dolus directus* abarca no solo el resultado que el agente tuvo en mente o se propuso, sino también aquellas consecuencias a que no se tendía, consecuencias muy poco deseadas, que el autor consideraba como indisolublemente unidas al resultado apetecido.[218]

Agrega el citado profesor que la solución es más difícil cuando el autor es consciente de que su acto, en lugar del resultado (contrario a Derecho) directamente deseado, o juntamente con este, de un modo no seguro pero posible, producirá acaso otro resultado también contrario a Derecho *(dolus eventualis)*.[219]

En tal caso, según la teoría de la voluntad, hay que distinguir. Así, si el agente deseaba ese posible resultado, es indudable que también lo

---

[217] Bonet Ramón, Francisco. *Derecho Civil*, Madrid: 1959, Parte General, tomo I, pp. 741 y 742.

[218] Por ejemplo, si uno quiere matar a A, pero sabe que no puede hacerlo sino mediante un acto por el que también resultará la muerte de B, y lo ejecuta, aunque con gran pesar (porque afecta a B), tiene indudable conciencia de que su acto causará la muerte de B. Pero ha querido también esta consecuencia, ya que se ha representado el conjunto de las consecuencias de su acto (la muerte de A y B) como un todo inseparable, habiéndose resuelto a producir esta consecuencia total, ya que no podrá producir solamente el único resultado deseado (la muerte de A).

[219] Por ejemplo, el agente sabe que el tiro de escopeta dirigido al ciervo puede alcanzar a

ha querido. Pero si ha obrado con la esperanza, para él decisiva, de que aquel resultado posible que estima desagradable no se produciría, o si ha intentado incluso evitarlo, haciendo ruido, por ejemplo, para despertar a los moradores de la casa en llamas, no hay dolo con relación a ese resultado posible, sino solo la llamada negligencia consciente.

La teoría de la representación, al no remontarse a la voluntad, hace imposible esta separación, pues la representación del autor sobre el nexo causal de su acto es exactamente la misma, al ser consciente de que su acto posiblemente producirá la consecuencia.

Por tanto —en opinión de los citados autores—, es preferible la teoría de la voluntad, toda vez que solo ella hace posible decidir estos casos de un modo conforme con la realidad.

Por nuestra parte, cabe advertir que generalmente el deudor, cuando incumple su obligación por dolo, no lo hace para causar un perjuicio al acreedor, sino para conseguir ventajas para sí mismo. Cuando el transportista, por ejemplo, no cumple su obligación de trasladar a una persona de un lugar a otro, usualmente lo hace porque ha obtenido para la misma fecha otro contrato más ventajoso. Aquí el transportista incumple su obligación deliberadamente y no por un simple descuido o negligencia. Pero su incumplimiento doloso no está destinado a causar un perjuicio al acreedor, sino a obtener un mayor beneficio económico. Es claro que el dolo también se configuraría en caso de que el transportista incumpliera su obligación con el único propósito de causar un daño al acreedor y no por haber obtenido un contrato más ventajoso. Pero también es cierto que la hipótesis resulta remota o, por lo menos, poco frecuente.

un cazador que se encuentra en la misma dirección, o que el incendio de la casa posiblemente tendrá por consecuencia la muerte de las personas que en ella duermen.

Así, Emiliani Román[220] expresa que en todos los casos de mentiras y engaños, la intención de incumplir es esencial, y la de causarle daño al acreedor, más o menos definida. Por ejemplo, si un ingeniero no construye el puente a que se ha comprometido, como represalia porque no le concedieron unos reajustes, incumplirá intencionalmente con la finalidad definida de causarle daño al acreedor, y lo mismo ocurriría si altera la calidad de los materiales. Si, en cambio, engaña al acreedor tratando de justificar una demora con una fuerza mayor mentirosa, tendrá intención de incumplir, pero no una finalidad definida o determinada de causarle daño.

Según Emiliani Román, esto explica la paradoja de las culpas dolosivas de que hablan ciertos autores, dando a entender con dicha expresión, que un incumplimiento inicialmente culpable puede degenerar en uno de carácter doloso si el deudor apela a recursos reprobables para justificarlo. En el incumplimiento doloso aparece así una doble intencionalidad: la de incumplir y la más o menos definida de causarle daño al acreedor. Este dolo concuerda —a decir de Emiliani Román— con la definición general que da de él el Código Civil Colombiano en su artículo 63.[221]

[220] Emiliani Román, Raimundo. *Conferencias de Obligaciones, Teoría General de la Cláusula Penal.* Bogotá: Editorial Temis, 1980, pp. 270 y 271.

[221] Artículo 63.- «La ley distingue tres especies de culpa y descuido.
Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediado.
El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.
Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.
El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro».

Llambías,[222] asimismo, recuerda que Salvat exige para que quede configurado el dolo del deudor que este haya obrado con intención de perjudicar al acreedor. Pero la ley de su país, la ley argentina, no contiene esa exigencia y no hay razón que obligue a suponerla. Opina que con el criterio de Salvat se trata con excesiva benignidad al deudor que incumple la obligación deliberadamente, pero sin el propósito específico de dañar los derechos del acreedor.

Por nuestra parte adelantamos que en el Derecho Peruano para que exista dolo en inejecución de obligaciones, no es necesaria la presencia de la voluntad de causar daño a la otra parte. Pero de estos conceptos nos ocuparemos posteriormente.

Ahora bien, el dolo se manifiesta como una acción u omisión. La primera forma es propia de las obligaciones de no hacer y la segunda de las obligaciones de dar y de hacer, aunque en estos casos la destrucción de la cosa debida también puede obedecer a una acción dolosa del deudor, que origina, como consecuencia, la omisión dolosa de dar o de hacer.

Hacemos hincapié en que el carácter dominante del dolo es la intención de no cumplir. Sin embargo, la intención es un elemento subjetivo, difícil, muchas veces, de precisar. Puede haber negligencia con una dosis de intención. El elemento de imputabilidad, claro en el dolo, se presenta un tanto oscuro en la culpa.

Aunque llegue a exteriorizarse la orientación dolosa del proceso volitivo, ella no interesa al legislador, mientras no se irrogue perjuicio, o no se altere la voluntad ajena.

El factor de la intención dolosa se aprecia solo en consideración al incumplimiento *ex profeso* o adrede de las prestaciones, pues, como se anotara en líneas precedentes, son más frecuentes los actos positivos u

[222] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones.* Tomo I, pp. 182 y 183.

omisiones para rehuir el cumplimiento de las obligaciones y proporcionarse un beneficio, que el hecho de intencionalmente no cumplir con dichas obligaciones con el propósito de perjudicar a otro.

(c) Conciencia de antijuridicidad en el actor de que obra contra el derecho o contra el deber, por conocer la existencia de la norma jurídica prohibitiva o por saber, cuando menos, que el acto es moralmente reprobable.

De este elemento podrían inferirse otros dos, a saber:

- El conocimiento por el autor de la concurrencia de las características (de hecho o de derecho) del supuesto de hecho, al que el ordenamiento jurídico condiciona la prohibición de ese acto; y de ahí se desprende, además, que el dolo queda también excluido por la suposición errónea de circunstancias que harían del acto un acto ilícito.[223]

- Referirse a un resultado contrario al Derecho, es decir, que contradiga al ordenamiento jurídico; por ejemplo, el caso de la lesión. Basta la contradicción con el derecho objetivo, pues la violación de un derecho subjetivo, si bien es frecuente, no se da en todos los casos.

Para Ricardo Uribe Holguín[224] el dolo como intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, es fundamento suficiente de la responsabilidad civil.

[223] Quien no es consciente de que su acto (posiblemente) producirá la muerte de un hombre o el daño de una cosa, no tiene intención de matar o de dañar la cosa, y el que no sabe que la cosa dañada sea ajena no es culpable de un daño intencional. El que usa o menoscaba una cosa ajena en la creencia errónea de que es necesario para orillar un daño mayor, o el que quita una cosa a su deudor, suponiendo erróneamente que su pretensión corre peligro y que no es posible el auxilio oportuno de la autoridad, no obra dolosamente.

[224] Uribe Holguín, Ricardo. *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos.* Bogotá: Editorial Temis, 1970, pp. 67-70.

Dentro de ese orden de ideas, Uribe Holguín examina dicha definición parte por parte:

(i) Está bien —sostiene el citado autor— haber dicho que el dolo es la intención. El que incumple dolosamente y el que comete delito incurren en hecho u omisión ilícitos voluntarios *in se*, esto es, intencionales.

El conocimiento de la ilicitud del hecho es indispensable para que este sea doloso. No por aplicación del principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa: aquella y el error de derecho pueden provenir de culpa, pero ambos excluyen el dolo, porque dolo es la intención de violar el derecho, y no se puede violar intencionalmente lo que no se conoce.

Mirado el asunto por lo que concierne al Derecho Civil, mejor sería decir que un hecho u omisión cuyo autor sabía que es contrario a la ley o al contrato, es doloso si ha sido intencional. En este campo, el propósito de ejecutar algo ilícito que no llega a ejecutarse, carece de toda significación.

Dentro de tal orden de ideas, y compartiendo el parecer de Uribe Holguín, creemos que también se está en lo cierto cuando se sostiene que el dolo es la intención y no la conciencia. Claro está que el primero de estos dos fenómenos supone indefectiblemente el segundo, pues el obrar o dejar de obrar intencionalmente y no darse cuenta de ello sería un absurdo. Mas no a la inversa: es posible estar consciente de lo que se hace o deja de hacer y no querer hacerlo u omitirlo, como en el caso del que actúa o se abstiene de actuar bajo el influjo de la fuerza o violencia.

Por lo tanto, sí cabe definir el dolo como la intención, ya que existen hechos ilícitos conscientes no intencionales, que no generan responsabilidad; asimismo, porque la verdadera causa del

hecho doloso es la intención, no la conciencia, que es efecto de la voluntad, en tanto que la intención es propia voluntad en su forma más genuina, como lo reiteran la casi totalidad de los autores.

(ii) Cuando la definición analizada se refiere a «intención positiva» ello significa que la voluntad, como un mero fenómeno mental no exteriorizado en hecho u omisión, no tiene efectos civiles, pues lo que quiso expresarse fue que el dolo es el propósito manifestado en la acción (conducta positiva), y en la omisión (conducta negativa), porque son igualmente dolosas la una y la otra. Así se viene entendiendo con toda lógica desde el Derecho romano, según surge claramente del siguiente pasaje: «[...] *si dolo emere neglexisti* [...]» (Digesto, Libro 15, Título 1, Fragmento 8; Parágrafo 10).

En este aspecto, también compartimos lo expuesto por Uribe Holguín, por cuanto efectivamente el dolo puede consistir en hechos, actos u omisiones (generalmente omisiones) del propio deudor, realizados con la consciente y mala intención de eludir la obligación contraída.

(iii) Finalmente, la definición de Uribe Holguín anota que el dolo consiste en inferir injuria a la persona o propiedad de otro, lo que quiere decir dañar a tercero. Este propósito es ciertamente el que caracteriza al dolo en materia de responsabilidad civil delictual, que es la proveniente de infringir el deber general de no causar daño a los demás *(neminem laedere)*, ni en su persona ni en sus bienes.

Pero en punto de responsabilidad por incumplimiento, consecuencia de la falta de pago —y en ello aunamos también nuestro parecer—, la cuestión es de otro modo, porque aquí el dolo consiste en la intención de no pagar, no en la de causar daños.

> Reiteramos, el fin que generalmente persigue el deudor que con propósito deliberado no paga, no es perjudicar a su acreedor, sino conseguir provecho para sí mismo.

Uribe Holguín no admite, sin embargo, que el incumplimiento doloso se caracterice por la intención de dañar al acreedor ni por la de obtener el deudor beneficio propio. Para él, estos fines no tienen influencia alguna en la determinación de si hubo o no hubo dolo. Refiere que así lo entendieron los romanos, como se comprueba de la lectura del siguiente pasaje: «*Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea victum vel ad malam mansionem extensum sequester solveri misericordia ductus, dolo proximun essem quod fatum est, arbitor, quia, cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, quum posseet non suscipere talem causam, quam decipere*», lo que traducido a nuestro idioma significa: «Si el secuestre, movido de misericordia, soltare al siervo que atado y puesto en prisión para atormentarlo se le ha dado en depósito judicial, juzgo que este hecho se asimila al dolo; porque sabiendo lo que se quería hacer con el siervo, ha practicado intempestivamente la misericordia, pudiendo más bien no hacerse cargo de semejante depósito, en vez de engañar» (Digesto, Libro 16, Título 13, Fragmento 7, principio).

Tan doloso es el incumplimiento cuando el móvil ha sido dañar al acreedor o evitar el deudor un desembolso, como cuando se ha inspirado en la misericordia, la caridad o cualquier otro sentimiento análogo, por lícito, bueno o justo que en sí mismo sea.

Anota Uribe Holguín que es raro incumplir dolosamente una obligación en mira de obtener provecho con este comportamiento, habida cuenta de que incumplir tiene por consecuencia ineludible la carga de indemnizar al acreedor de todo el perjuicio sufrido.

Se incurre en dolo cuando de intento y a sabiendas se ejecuta un hecho que, conforme a la ley o al contrato, no debe ejecutarse, o cuando se omite uno que, según este o aquella, debe ser ejecutado.

Los motivos carecen de interés. Toda regla jurídica o moral debe ser —por sí sola— móvil determinante suficiente de las acciones o abstenciones que prescriba.

Existen, sin embargo, tres posiciones distintas en cuanto a la concepción del dolo en el incumplimiento de las obligaciones:

(a) El dolo consiste en el incumplimiento deliberado cometido con intención de dañar, o por lo menos con conocimiento y previsión del daño que se causa. Interpretan en este sentido Messineo, Larombière. Demolombe, Baudry-Lacantinerie y Barde, Planiol, Ripert y Esmein, Mazeaud y Tunc, Salvat y De Gásperi.

(b) El dolo en la inejecución de las obligaciones consiste en el incumplimiento deliberado de la prestación, aunque no medie intención de dañar. El dolo vendría a ser, en este caso, «la conciencia de la infracción de un deber». Para ilustrar el concepto, Larenz[225] pone el ejemplo de un taxista que no pasa a recoger al pasajero para llevarlo a la estación: si ello ocurre porque se olvidó, hay culpa; pero si lo hizo porque encontró otro pasajero que le pagó más, hay dolo. Comparten este criterio Giorgi, Puig Peña, Lafaille, Colmo, Busso, Borda, Llambías, Cazeaux y Trigo Represas, Salas Carranza y Morello.

(c) El dolo en la inejecución de las obligaciones se daría solo cuando el deudor «malcumple» a sabiendas la obligación con una prestación distinta de la debida. Es esta la interpretación dada por Dimas Hualde.

En opinión nuestra, la segunda de las expuestas es la doctrina que prevalece y aquella que, incluso, es adoptada por nuestro Código Ci-

---

[225] Citado por Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas, *Op. cit.*, tomo II, p. 141.

vil, cuando en su artículo 1318 prescribe que: «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación».[226]

Evidentemente, el dolo —en principio— siempre es el mismo, por cuanto tiene el rasgo de producir en forma deliberada un hecho injusto, e implica, por consiguiente, «la injuria provocada a la persona o a la propiedad ajena».

Sostenemos que no es inherente al dolo el propósito de perjudicar, ya que el mismo consiste en la sola conciencia de la inejecución, en la deliberada intención de no cumplir porque sencillamente no se quiere cumplir.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas,[227] exigir la intención dañina para constituir la figura del dolo en el incumplimiento de las obligaciones, es confundirlo con el delito. Cuando hay intención de dañar ya no estamos dentro de la esfera de la inejecución contractual, sino dentro de los actos ilícitos y quizá dentro de lo ilícito penal. Bien ha dicho Giorgi sobre este tema, que en la inejecución deliberada de la obligación el deudor no siempre persigue el propósito de dañar, sino que la mayor parte de las veces lo único que se propone es obtener para sí una mayor ventaja.

Por otra parte, para los autores que requieren en la conducta dolosa la presencia de una especial intención de dañar, el incumplimiento deliberado cometido sin ese objetivo dañino, sería un caso de incumplimiento culposo. El error es evidente porque la culpa se caracteriza por la negligencia, el descuido, la imprevisión. Ella supone necesariamente un comportamiento exento de reflexión precisa sobre las consecuencias posibles de la acción, de manera tal que una inejecución cometida deliberadamente, aunque no se tenga un especial ánimo nocivo, jamás podría asimilarse a la conducta culposa.

Según anota Mosset Iturraspe,[228] el dolo, al igual que la culpa, admite graduaciones, de las cuales surgen diversas especies: dolo directo, dolo directo de segundo grado y dolo eventual, destacadas por la doctrina penal y que —a decir del citado autor— parece ha olvidado la doctrina civil.

La clasificación citada se efectúa sobre la base de «su determinación»[229] y adopta, además de las especies mencionadas, las siguientes: dolo determinado, indeterminado, alternativo y de peligro.

---

[226] **- Fuentes nacionales del artículo 1318**
Este artículo no registraba antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; en el Código Civil de 1936; ni en la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.
Abordó por primera vez el tema, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, artículo 173: «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación»; seguido por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1336: «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación»; y por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, numeral 1285: «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación».
- Fuentes y concordancias extranjeras
Tiene relación con el artículo 1318 del Código Civil Peruano, el artículo 173 del Código Egipcio, el mismo que establece que cuando el deudor se rehúsa a efectuar íntegramente la prestación debida, el acreedor tiene la opción de resolver el contrato, demandando indemnización por la inejecución.

[227] Ibidem, p. 142.

[228] Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos. Op. cit.*, tomo I, pp. 97-99.

[229] Son posibles, adicionalmente, otras clasificaciones que consideren: a) Formas originarias y anticuadas: *dolus generalis* y *dolus indirectus*; b) Por su prueba: probado y presunto; c) Por su intensidad: impulsivo o pasional, repentino, deliberado, premeditado; d) Por su importancia: principal y accesorio; e) Por su permanencia: inicial, coetáneo y subsiguiente; f) Por su especificación: general, especial y más especial; etc.

Simplificando dichas variedades, el citado autor presenta la siguiente clasificación:

(a) Dolo directo, de primer grado, es decir aquel en que el resultado es querido inmediatamente por el autor. Se denomina también dolo inmediato.

(b) Dolo directo, de segundo grado, o sea aquel en que el autor admite las consecuencias necesarias que surgen como resultado inseparable de su proceder; la intención es mediata, por lo que se le designa como dolo mediato.[230]

(c) Dolo eventual, el mismo que se caracteriza por el asentimiento del agente al resultado delictivo que se le aparece como probable. Recibe también el nombre de dolo condicionado.[231]

Tanto la doctrina civil como la penal, exponen una diversidad de sinónimos respecto del término dolo.

En Derecho usual, por ejemplo, dolo es sinónimo de fraude, simulación, engaño, maquinación insidiosa e incumplimiento premeditado.

En Derecho Civil, resultan sinónimos los siguientes términos:

- Dolo causante o principal.

[230] En el dolo mediato o directo de segundo grado, se requiere, según Jiménez de Asúa, «a) la representación como seguro de ese resultado ligado necesariamente a los efectos de la conducta querida; y, b) la aceptación de esa consecuencia automáticamente deducida de su inexorable ligamen a lo querido». (Citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos. Op. cit.*, tomo I, p. 98).

[231] En el dolo eventual se exige: a) la representación del resultado como posible; b) el consentimiento en que se produzca; y c) la condición que de haberse convencido el agente de la producción de dicho resultado habría omitido su acto. (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, tomo I, pp. 98 y 99).

- Dolo incidental o accidental.

- Dolo directo (inmediato, según la clasificación dada por Mosset Iturraspe) o determinante de inejecución de obligaciones.

En Derecho Penal, resultan sinónimos los siguientes términos:

- Dolo *apertus*, de ímpetu o pasional.
- Dolo directo, inmediato, determinado o positivo.
- Dolo específico o especial.
- Dolo eventual (culpa con representación) o de peligro.
- Dolo indirecto o indeterminado.
- Dolo negativo o por reticencia.
- Dolo premeditado o de propósito.

Dentro del Código Civil Peruano de 1984, la expresión «dolo» y sus derivados son plurisignificativos, empleándose, según el caso, como vicio de la voluntad, simple mala intención, como causa de inejecución de obligaciones, e incluso en su acepción de carácter penal.[232]

[232] Veamos, a modo ilustrativo, las normas del Código Civil que hacen mención al término o figura que ahora nos ocupa, a fin de que podamos apreciar la significación dada según cada caso.
Así, en el artículo 210 se señala que el *dolo* es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto; en tanto el artículo 212 establece que la omisión *dolosa* produce los mismos efectos que la acción *dolosa*; el numeral 213 indica que para que el *dolo* sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes; y el artículo 218 prescribe que es nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, *dolo*, violencia o intimidación.
Por su parte, en el inciso 2 del artículo 221 se precisa que el acto jurídico es anulable por vicio resultante de error, *dolo*, violencia o intimidación.
En Derecho de Familia, según el inciso 6 del artículo 242, no pueden contraer matrimonio entre sí el condenado como partícipe en el homicidio *doloso* de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente.
Así también, el inciso 7 del artículo 274 establece que es nulo el matrimonio del condenado por homicidio *doloso* de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se refiere el artículo 242, inciso 6; en tanto que de acuerdo con el artículo 277, es anula-

ble el matrimonio de quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida en común, reputándose como defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito *doloso* a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio.

Según lo previsto por el artículo 313, corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes, caso en el cual el cónyuge administrador indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos *dolosos* o culposos.

De conformidad a lo indicado por el artículo 329, además de los casos a que se refieren los artículos 295 y 296, el régimen de separación es establecido por el juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con *dolo* o culpa.

Es muy conocido que en virtud a lo anotado por el inciso 10 del artículo 333, constituye causa de separación de cuerpos la condena por delito *doloso* a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

Conforme indica el artículo 456, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1358, el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen. Pero la norma agrega que cuando el acto no es autorizado ni ratificado, el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho. El menor que hubiese actuado con *dolo* responde de los daños y perjuicios que cause a tercero.

Por otra parte, de conformidad a lo establecido por el inciso 8 del artículo 515, no pueden ser tutores los condenados por homicidio, lesiones *dolosas*, riña, aborto, exposición o abandono de personas en peligro, supresión o alteración del estado civil, o por delitos contra el patrimonio o contra las buenas costumbres.

Por su parte, el artículo 629 indica que el juez puede subsanar la inobservancia de los artículos 623 a 628, si no se debe a *dolo* ni causa perjuicio a la persona o bienes del sujeto a tutela o curatela; en tanto el numeral 651 señala que los miembros del consejo son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que, por *dolo* o culpa, sufra el sujeto a tutela o curatela, a no ser que hubiesen disentido del acuerdo que los causó.

En sede de Derecho Sucesorio, el inciso 1 del artículo 662 establece que pierde el beneficio otorgado en el artículo 661 el heredero que oculta *dolosamente* bienes hereditarios.

En materia de indignidad, según el artículo 667, son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios, entre otros, los autores y cómplices de homicidio *doloso* o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena (inciso 1); los que hubieran sido condenados por delito *doloso* cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior (inciso 2); y los que hubieran empleado *dolo* o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.

El artículo 769, a su turno, establece que en el legado de bien determinado no sujeto a condición o plazo, el legatario lo adquiere en el estado en que se halle a la muerte del testador, momento desde el cual le corresponden los frutos del bien legado y asume el riesgo de su pérdida o deterioro, salvo *dolo* o culpa de quien lo tuviere en su poder.

También apreciamos en Sucesiones al artículo 809, según el cual es anulable el testamento obtenido por violencia, intimidación o *dolo*.

En Derechos Reales, según lo dispone el artículo 1023, si la destrucción del bien ocurre por *dolo* o culpa de un tercero, el usufructo se transfiere a la indemnización debida por el responsable del daño.

Ya en Derecho de Obligaciones, tenemos al precepto que establece el concepto de *dolo*. Se trata del artículo 1318, norma que señala que procede con *dolo* quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Dentro de tal orden de ideas, según el artículo 1321, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por *dolo*, culpa inexcusable o culpa leve.

Por su parte, establece el artículo 1325 que el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos *dolosos* o culposos de éstos, salvo pacto en contrario; en tanto que según el artículo 1326, si el hecho *doloso* o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.

El artículo 1328 dispone que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por *dolo* o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga.

En materia probatoria, conforme al artículo 1330, la prueba del *dolo* o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

En cuanto a la mora se refiere, el artículo 1340 indica que el acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a *dolo* o culpa inexcusable del deudor.

En sede contractual, el artículo 1443 prescribe que no procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por *dolo* o culpa de la parte perjudicada.

En obligaciones de saneamiento, según el artículo 1494, no hay lugar a saneamiento por evicción cuando el derecho del tercero llegue a ser exigible por *dolo* o culpa inexcusable del adquirente; mientras el inciso 7 del artículo 1495 señala que el adquirente tiene en virtud del saneamiento el derecho de pedirle al transferente la indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente incurrió en *dolo* o culpa al celebrar el contrato.

Asimismo, conforme al artículo 1497, cuando se pacta que el transferente no queda

Ahora bien, el efecto natural de toda obligación es el de ser cumplida. Si tal efecto no se produce, debe constatarse la causa del incumplimiento y, según ella, eventualmente responsabilizar al deudor.

El primer párrafo del artículo 1321[233] del Código Civil de 1984 prescribe lo siguiente: «Queda sujeto a la indemnización de daños y

sujeto a la obligación de saneamiento por evicción, si se produce esta debe devolver la contraprestación que recibió, a no ser que el adquirente renuncie expresamente a dicha devolución; no siendo válida esta renuncia si el transferente actuó con *dolo* o culpa inexcusable.

En lo que atañe al saneamiento por vicios ocultos, prescribe el inciso 5 del artículo 1512 que la resolución a que se refiere el artículo 1511 impone al transferente la obligación de pagar al adquirente la indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente haya incurrido en *dolo* o culpa respecto de la existencia de los vicios; mientras según el artículo 1520, la renuncia al saneamiento es nula cuando el transferente actúa con *dolo* o culpa inexcusable respecto a la existencia de vicios del bien al momento de celebrarse el contrato o de pactarse la renuncia.

En materia de hospedaje, de acuerdo con el artículo 1723, el huésped está obligado a comunicar al hospedante la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos en el establecimiento tan pronto tenga conocimiento de ello; y, de no hacerlo, quedará excluida la responsabilidad del hospedante, salvo cuando tales hechos se produzcan por *dolo* o culpa inexcusable de este último.

En torno de la prestación de servicios, establece el artículo 1762 que si ella implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de *dolo* o culpa inexcusable.

En sede de juego y apuesta, según refiere el artículo 1943, el que paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición, salvo que haya mediado *dolo* en la obtención de la ganancia o que el repitente sea incapaz.

Y en materia de responsabilidad extracontractual, según el artículo 1969, aquel que por *dolo* o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de *dolo* o culpa corresponde a su autor.

En tanto que el artículo 1986, finalmente, agrega que son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por *dolo* o culpa inexcusable.

233 - **Fuentes nacionales del artículo 1321**

Dentro de la legislación colonial, y en lo relativo a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, podemos mencionar a la Ley de las Siete Partidas, Ley 13, Título XI, Partida Quinta: «*E no tan solamente es tenudo de cumplir lo que prometió*

de dar o de fazer; mas aún dezimos, que deue pechar demas desto, todos los daños, e los menoscabos que rescebio el otro, por razón que le non cumplió lo que le prometió».

En lo relativo al dolo, es antecedente la Ley 26, Título VIII, Partida Quinta: «*Si se perdiesse la cosa por engaño que ellos fiziessen, entonces ellos serían tenudos de los pechar todo quanto perdiessen o menosacabassen*».

En lo referente a la culpa, tenemos a la Ley 8, título VIII, Partida Quinta: «*Es tenudo de pechar el daño, si por su culpa acaesciese aquella ocassion, por que se pierde o se muere la cosa*».

En lo relativo a la morosidad, debe mencionarse a la Ley 35, Título XI, Partida Quinta: «*El que promete de dar o de fazer alguna cosa a día cierto, e non la dio, nin la fizo, de allí adelante, aquel puede demandar lo que fue prometido, con todos los daños e los menoscabos que rescibió por razón que non cumplió aquello que prometió*».

Y, finalmente, en lo relativo a otras contravenciones, tenemos, siempre dentro de la Ley de las Siete Partidas, a la Ley 15, Título VIII, Partida Quinta: «*Pastores o otros omes que guardan los ganados, si reciben soldada, de los señores dellos, por guardallos, dezimos que deuen ser acuciosos, e se deuen trabajar, quanto pudieren en guardarlos, bien: e lealmente, de guisa: que non se pierdan: nin reciban daño de ninguna cosa, por mengua de lo que deuen ellos fazer, e deuenles catar logares conuenientes: e buenos: do sopieren que son las mas buenas pasturas: e buenas aguas por do los trayan segund conuiene a las sazones del año: tales en que puedan estorcer sin peligro del frío, e de las nieues del inuierno: e de las calenturas del verano. E los que contra esto fizieren: non poniendo y tal guarda como sobredicho es, en quanto pudieren tenudos son de pechar cada vno dellos al dueño del ganado: todo el daño: e el menoscabo que viniere por su culpa»; y a la Ley 10, Título VIII, Partida Quinta: «Quierense los omes a las vegadas mostrar sabidores de cosas, que lo non son, de manera que se siguen daños a los que los no conoscen, e los creen; e porende dezimos, que si algún orebze rescibiere piedra preciosa de alguno, para engastonarla en sortija, o en otra cosa por precio cierto, e la quebrantasse engastonondola, por non ser sabidor de lo fazer, o por otra su culpa; que deue pechar la estimación della, a bien vista de omes buenos, e conoscedores destas cosas. Pero si el pudiere mostrar ciertamente, que non auino po su culpa, e que era sabidor de aquel menester, según lo eran los demás omes que usan del comunalmente, e que el daño de la piedra acescio por alguna tacha que auia en ella, assi como alguno pelo, o alguna señal de quebradura, que era en la piedra, estonce non seria tenudo de la pechar. Fueras ende, si quando la rescibió para engastonar, fizo tal pleyto con el seño della, que como quier que acesciesse, si la piedra se quebrantasse, que el fuesse tenudo de la pechar. E esto que diximos de los orebzes, se entiende también de los otros maestros, el de los Físicos, de los Cirujanos, e de los Albeytares, e de todos los otros que resciben precio, para fazer alguna obra, o mele cinar alguna cosa, si errare en ella por su culpa, o por mengua de saber*».

El artículo 1321 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, abordaba el tema en varias de sus normas, los artículos 742: «Es responsable el

deudor a los intereses y daños, cuando ha sido moroso en cumplir con su obligación, a no ser que la cosa que se hubiese obligado a dar o hacer, no pueda darse o hacerse, sino en un cierto tiempo, que ha dejado pasar»; 743: «El obligado, aun cuando no haya mala fe de su parte, ser condenado al pago de intereses y daños, ya sea que resulten de omisión, o ya de tardanza en el cumplimiento de la obligación, siempre que no justifique que la falta proviene de una causa extraña, que no puede imputársele»; 745: «Los daños e intereses debidos al acreedor nacen en general de la pérdida que ha sufrido y de la ganancia de que ha sido privado, salvo las excepciones y modificaciones siguientes»; 746: «El deudor no está obligado a más que a los daños e intereses que han sido previstos, o han podido preverse desde el contrato, en caso de que la obligación no haya dejado de cumplirse por dolo suyo»; y 747: «Aun en el caso en que por dolo del deudor no haya tenido cumplimiento la convención, los daños e intereses no deben comprender con respecto a la pérdida experimentada por el acreedor, o a la ganancia de que ha sido privado, más que lo que sea una consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la convención».

Por su parte, el Código Civil de 1852, trataba el tema en su artículo 1269: «Los contratantes están obligados a evitar el dolo y la culpa lata, en todos los contratos, y a responder por sus consecuencias»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en los artículos 1440: «Los que contraen obligaciones convencionales deben no sólo cumplirlas, sino también resarcir los daños y perjuicios que resulten directamente de la inejecución de ellas, o de su contravención por dolo o culpa»; 3046: «Si la cosa debida se pierde o se destruye por culpa del deudor, éste queda obligado a pagar al acreedor el precio de ella; y a indemnizarle además los perjuicios causados»; y 3047: «Aunque el deudor no tenga culpa en la pérdida o la destrucción de la cosa debida, si éstos accidentes se realizan después de haber aquél incurrido en mora, es responsable al acreedor según las reglas siguientes: 1° Si el deudor prueba que la pérdida o destrucción habría acaecido, aun cuando la cosa hubiese estado en poder del acreedor, no responde del precio de ella, pero sí debe indemnizar los perjuicios causados con la demora; 2° Si el deudor no produce la prueba indicada en la regla anterior o si, por el contrario, demuestra el acreedor que la cosa no se habría perdido, ni destruido en su poder, aquél está obligado a pagar el precio de la cosa y los perjuicios».

De otro lado, debe mencionarse que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el tema en sus artículos 312: «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, culpa o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de ellas»; y 316: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en los artículos 298: «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, culpa o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de ellas»; y 302: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato».

De otro lado, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, tocaba el punto en sus artículos 1309: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquel que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad y el que de cualquier modo contraviniere a ellas»; y 1312: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato»; en tanto que el Código Civil de 1936, lo hacía en sus numerales 1320: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquél que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniere a ellas»; y 1323: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, abordaba el tema en sus artículos 187: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquél que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniere a ellas»; 189: «El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retardo debe comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor como la falta de ganancia, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de ello»; y 190: «Si el incumplimiento o el retardo no depende del dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse en el momento en que surgió la obligación»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en sus numerales 176: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve»; y 177: «El resarcimiento por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto la pérdida sufrida como la falta de ganancia, 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».

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba el punto en sus artí-

culos 1339: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve»; y 1340: «El resarcimiento por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto la pérdida sufrida como la falta de ganancia, 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»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1288: «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 sea 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».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1321 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Uruguayo (artículo 1345), Ecuatoriano (artículos 1599 y 601), Venezolano de 1942 (artículos 1264, 1272 y 1275), Venezolano de 1880 (artículo 1163) y Mexicano (artículos 2107 y 2110). Este último cuerpo normativo establece que «los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse».

También concuerdan con el artículo 1321 del Código Peruano de 1984, los Códigos Boliviano de 1976 (artículos 339 y 345), Chileno (artículos 1556 y 1558, segundo y tercer párrafos respectivamente), Paraguayo de 1987 (artículo 421 —similar al primer párrafo del artículo 1321 Peruano—), Español (artículo 1101 —similar al primer párrafo del artículo 1321 Peruano—), Brasileño (artículo 1056 —similar al primer párrafo del artículo 1321 Peruano—), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículos 843, primer párrafo —se refiere sólo al deudor y añade que a menos que pruebe que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por imposibilidad de la prestación derivada de caso fortuito o fuerza anterior a su constitución en mora—; 851 —similar al segundo párrafo del artículo 1321 Peruano—; y 852, primer párrafo —similar al tercer párrafo del artículo 1321 Peruano—), Español (artículos 1106 —similar al segundo párrafo del artículo 1321 Peruano—, 1107, primer párrafo, —similar al tercer párrafo del artículo 1321 Peruano—), Brasileño de 1916 (artículos 1059 y 1060 —similar al tercer párrafo del artículo 1321 Peruano—), Helénico (artículo 298 —similar al segundo párrafo del artículo 1321 Peruano—), Egipcio (artículo 179), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículos 98, 99 y 100), de la República de China de 1930 (artículo 223 —señala que quien pone igual cuidado a los negocios propios o ajenos no responde mas que por culpa leve—), Código de la Provincia de Québec (artículo 1070) y Holandés (Libro 6, Sección 8, artículo 1).

El Código Civil Francés (artículos 1141, 1149, 1150 y 1151) establece que «los daños y perjuicios debidos al acreedor comprenden, en general, la pérdida que ha sufrido y la ganancia de que ha sido privado, salvo las excepciones y modificaciones que le siguen», «el deudor sólo está obligado por varios perjuicios que hayan sido previstos o se haya podido prever al hacer el contrato, cuando no se deba a su dolo el que la obligación se incumpla» e «incluso en el caso de que el incumplimiento de la convención resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios no deben comprender, con respecto a la pérdida sufrida por el acreedor, y a la ganancia de que haya sido privado, sino aquéllos que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la convención».

Por su parte, el Código Civil Panameño (artículo 986) establece que «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas».

De otro lado, el Código Etíope (artículo 1791) establece que los daños-intereses son debidos por el contratante que no ejecuta su obligación, ya sea por haber cometido una falta o por el solo hecho de la inejecución de la obligación. Queda liberado de tal responsabilidad si se estableció precisamente en el contrato la causa por la cual se produjo la inejecución, la misma que debe tener el carácter de fuerza mayor.

El Código de las Obligaciones Suizo (artículo 97) señala que cuando el acreedor no puede obtener la ejecución de la obligación o se le ha ofrecido defectuosamente, el deudor debe reparar el daño, a menos que este pruebe que ninguna falta le es imputable. El procedimiento de ejecución está regulado por la Ley Federal del 11 de abril de 1889, así como por el Derecho Federal y Cantonal sobre la materia.

De otro lado, debe decirse que el Código Argentino (artículo 506) establece que el deudor es responsable al acreedor de los daños e intereses que a este resultaren por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación.

Dicho Código (artículo 519) define a los daños y perjuicios (intereses), al establecer que se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de esta a debido tiempo.

Este Código Civil agrega (artículo 520) que en el resarcimiento de los daños e intereses solo se comprenden los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación; señalando además (artículo 521) que si la inejecución de la obligación fuese maliciosa, los daños e intereses comprenden también las consecuencias mediatas.

El Código Civil Alemán (artículo 249) establece que quien está obligado a la indemnización de daños ha de reponer el estado que existiría si la circunstancia que obliga a la indemnización no se hubiera producido. Si ha de prestarse una indemnización de daños a causa de la lesión de una persona o del deterioro de una cosa, el acreedor puede exigir en lugar de la reposición la suma de dinero necesaria para ella. Agrega este cuerpo legal (artículo 250) que el acreedor puede señalar un plazo adecuado al

obligado a la indemnización para la reposición, con la declaración de rehusar dicha reposición después del transcurso del plazo. Después del transcurso del plazo el acreedor puede exigir la indemnización en dinero, si no se realiza a tiempo la reposición; la pretensión a la reposición está excluida.

Además señala (artículo 251) que siempre que la reposición no sea posible o no sea suficiente para la indemnización del acreedor, el obligado a la indemnización ha de indemnizar en dinero al acreedor; además de que establece que el obligado a la indemnización puede indemnizar en dinero al acreedor, si la reposición es solo posible con gastos desproporcionados.

Continuando con lo establecido por el Código Civil Alemán, debemos señalar que en su artículo 252 establece que el daño a indemnizar comprende también el lucro cesante. Vale como cesante la ganancia que podía esperarse con verosimilitud según el curso normal de las cosas o según las circunstancias especiales —del caso—, en especial según las medidas y previsiones adoptadas.

Además establece (artículo 257) que quien está autorizado a exigir indemnización por los gastos que haga con una determinada finalidad, si con este fin contrae una obligación, puede exigir la liberación de dicha obligación. Si la obligación aún no está vencida, el obligado a la indemnización, en lugar de liberarle, puede prestarle seguridad.

Adicionalmente, este Código establece (artículo 258) que quien está autorizado a separar de una cosa que ha de entregar a otro una instalación, en el caso de separación ha de reponer la cosa en el estado anterior, a su costa. Si el otro obtiene la posesión de la cosa, está obligado a tolerar la separación de la instalación; puede negar el permiso hasta que le sea prestada seguridad por el daño unido a la separación. Señala además (artículo 259) que quien está obligado a rendir cuentas de una administración que lleve aparejados ingresos o gastos, ha de presentar al titular una memoria que contenga la totalidad ordenada de los ingresos o de los gastos, y, en tanto suelan entregarse documentos justificantes, ha de exhibir dichos documentos. Si existe motivo para la suposición de que las indicaciones sobre los ingresos contenidos en la memoria no han sido efectuadas con el necesario cuidado, el obligado, a petición, ha de prestar juramento declarativo sobre esto: que él, según su mejor saber, ha indicado los ingresos de forma tan completa como le ha sido posible; señalando, por último, en los asuntos de menor importancia no existe una obligación de prestar juramento declarativo.

Por su parte, el Código de la República de China de 1930 (artículo 213) establece que a menos que lo contrario resulte de la ley o del contrato, quien debe reparar un perjuicio debe restablecer la parte lesionada al estado de cosas anteriores al nacimiento del perjuicio y si este estado de cosas se trata de una prestación en dinero los intereses se computarán desde el día en que se produjo el perjuicio. Agrega este Código (artículo 215) que si la obligación de restablecer las cosas al estado anterior no puede ser ejecutada, el deudor debe indemnizar en dinero el perjuicio ocasionado.

Señala también el Código Civil Chino de 1930 (artículo 216) que a menos que no sea dispuesto de otro modo, por la ley o por el contrato, la indemnización no debe

cubrir más que la pérdida sufrida o la ganancia dejada de percibir. Ganancia dejada de percibir es aquella obtenida del curso ordinario de las cosas, sea de proyectos u otras circunstancias particulares.

Este mismo Código agrega (artículo 218) que cuando un perjuicio no fue causado intencionalmente o por culpa leve, y su reparación afectará gravemente los medios de existencia de la persona obligada a indemnizar, el Tribunal reducirá el monto de la indemnización.

El Código de la República de China de 1930 (artículo 228) señala además que quien está obligado a indemnizar la pérdida de un bien o de un derecho, o el perjuicio causado a este bien o a este derecho, puede exigir de aquel que tiene el derecho a la reparación, la cesión de la pretensión que él tiene contra terceros basándose en su derecho de propiedad sobre el bien, o sobre el fundamento del derecho en causa.

Agrega el Código Chino de 1930 (artículo 220) que el deudor responde de sus actos, sean dolosos o culposos. La responsabilidad por falta es entendida según la naturaleza particular de cada caso. Ella debe apreciarse con menos rigor cuando el caso no se ha destinado a procurar una ventaja al deudor.

Resulta de interés señalar lo prescrito por el Código Etíope (artículo 1795), cuando establece que el contratante disconforme de la inejecución de las obligaciones de la otra parte puede pedir indemnización solo si establece que hubo una falta a cargo de aquella: 1) Cuando el deudor solo se comprometió a hacer lo posible en la obtención de un resultado determinado a favor del acreedor, sin garantizar que él obtendría tal resultado.- 2) Cuando la ley en un contrato determinado, formula por excepción esta regla.

El Código Etíope (artículo 1801) agrega que los daños-intereses debidos al acreedor son iguales al perjuicio efectivamente sufrido por este, cuando el deudor advirtió por sí mismo, al momento de la conclusión del contrato, las circunstancias especiales en razón de las cuales, el monto del perjuicio se encuentra argumentado. Los daños-intereses debidos al contratante son también iguales al perjuicio efectivamente sufrido por aquel, cuando la inejecución es imputable a la voluntad de dañar al deudor, a su negligencia inexcusable o a su culpa leve.

El Código Suizo establece (artículo 99) que en general, el deudor responde de toda falta. Esta responsabilidad es más o menos entendida según la naturaleza particular del caso. Ella se aprecia notablemente con menos rigor cuando el caso no está destinado a procurar un beneficio al deudor; agregando que las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos son aplicables por analogía a efectos de la falta contractual.

El Código Egipcio (artículo 180) agrega que cuando no existe dolo por parte del deudor, los daños son debidos en razón de aquello que pudo preverse al momento de la celebración del contrato.

El Código Portorriqueño de 1930 (artículo 1056) señala que la responsabilidad que procede de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, pero podrá moderarse por los tribunales, según los casos.

El Código Alemán (artículo 274) agrega que el hacer valer el derecho de retención frente a la acción del acreedor solo produce el efecto de que el deudor ha de ser condenado a la prestación a cambio de recibir la prestación que a él corresponde (Erfollung Zug um Zug). Añade este cuerpo legislativo, que en base a semejante condena, el acreedor puede ejercitar en vía de ejecución forzosa su pretensión sin realización de la prestación que le incumbe, si el deudor está en mora para recibirla.

Agrega el Código Alemán (artículo 277) que quien últimamente ha de responder de aquella diligencia que suele emplear en sus propios asuntos, no queda libre de responsabilidad a causa de culpa grave.

El artículo 279 del Código Civil Alemán establece que si el objeto debido está determinado solo según el género, el deudor, en tanto la prestación del género sea posible, ha de responder de su imposibilidad a la prestación, incluso si no le es imputable culpa alguna.

Este Código agrega (artículo 280) que siempre que la prestación se haga imposible a consecuencia de una circunstancia de que ha de responder el deudor, este ha de indemnizar al acreedor el daño causado por el no cumplimiento; estableciendo que en el caso de imposibilidad parcial, el acreedor, rechazando la parte de prestación aún posible, puede exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento de toda la obligación, si el cumplimiento parcial no tiene para él ningún interés. Se aplican oportunamente las disposiciones existentes en los parágrafos 346 a 356 para el derecho de resolución convencional.

El Código Alemán (artículo 281) también prescribe que si a consecuencia de la circunstancia que hace imposible la prestación obtiene el deudor una indemnización o una pretensión de indemnización por el objeto debido, el acreedor puede exigir la entrega de lo recibido como indemnización o la cesión de la pretensión de indemnización; añadiendo que si el acreedor tiene pretensión a la indemnización de daños a causa de no cumplimiento, si hace uso de los derechos señalados en el párrafo primero, se aminora la indemnización que ha de pagársele en el valor de la indemnización o prestación de la indemnización obtenida.

Adicionalmente este Código (artículo 282) señala que si es litigioso el hecho o si la imposibilidad de la prestación es consecuencia de una circunstancia de que ha de responder el deudor, la carga de la prueba corresponde a este; estableciendo además (artículo 283) que si el deudor está condenado en firme, el acreedor puede señalarle un plazo oportuno para ejecutar la prestación con la declaración de que después del transcurso del plazo rehuse la aceptación de la prestación. Después del transcurso del plazo, el acreedor puede exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento, siempre y cuando no sea efectuada la prestación en tiempo oportuno; la prestación al cumplimiento está excluida. La obligación de indemnización de daños no tiene lugar si la prestación se hace imposible a causa de una circunstancia de la que no ha de responder el deudor; y agrega que si hasta el transcurso del plazo la prestación es solo en parte efectuada, corresponde al acreedor también el derecho señalado en el parágrafo

280, segundo párrafo, que dice «En el caso de imposibilidad parcial, el acreedor rechazando la parte de prestación aun posible, puede exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento de toda la obligación, si el cumplimiento parcial no tiene para él ningún interés».

Por último, este Código (artículo 292) señala que si el deudor ha de entregar un objeto determinado, la pretensión del acreedor a indemnización de daños a causa de menoscabo, pérdida o imposibilidad de la entrega debida a otro motivo, se determina, desde la producción de la *litis pendencia*, según las disposiciones que valen para la relación entre el propietario y el poseedor desde que se produce la litis pendencia de la pretensión de propiedad, en tanto no se deduzca otra cosa, en beneficio del acreedor, de la relación obligatoria o de la mora del deudor; estableciendo que lo mismo vale de la pretensión del acreedor a la entrega o al abono de provechos y de la pretensión del deudor a la indemnización de gastos.

- Jurisprudencia peruana del artículo 1321

El tema regulado por este numeral registra las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- «Sólo procede resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución o contravención del pacto». Ejecutoria del 29 de diciembre de 1894. Anales Judiciales, p. 144. (Artículo 1323 del Código Civil de 1936).

II.- «El que celebra un contrato no sólo está obligado a cumplirlo, sino a resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución o contravención por culpa o dolo». Ejecutoria del 19 de abril de 1901, Calle, «Vistas Fiscales», Tomo II, p. 91. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

III.- «Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos para el caso de incumplimiento. Tratándose de previsión disyuntiva debe precisarse en la demanda la responsabilidad reclamada». Ejecutoria del 4 de octubre de 1912. Anales Judiciales, p. 156. (Artículo 1323 del Código Civil de 1936).

IV.- «La acción por indemnización de perjuicios es independiente de la de por daños». Ejecutoria del 22 de septiembre de 1920. Anales Judiciales,p. 162. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

V.- «El incumplimiento de un contrato de venta de letras de cambio sobre el extranjero, en fecha y tipo determinados, hace responsable al deudor de los daños y perjuicios y, además, de la rescisión de la venta, porque dicho incumplimiento priva al comprador de las ganancias que se proponía obtener con las fluctuaciones del cambio». Anales Judiciales, 1924, Página 7. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

VI.- «El dolo no puede servir de título a quien lo emplea para eximirse de una obligación». Ejecutoria del 28 de septiembre de 1931. Revista de los Tribunales, p. 229. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

VII.- «Tratándose del pago de una indemnización no procede el abono de intereses». Ejecutoria del 3 de junio de 1936. Revista de los Tribunales, Página 141. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

VIII.- «El retardo en que incurre el Gobierno al reconstruir una finca que mandó demoler por alegadas razones de salubridad, da lugar a la indemnización de daños y

perjuicios». Anales Judiciales, 1939, p. 17. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
IX.- «El incumplimiento de un contrato de locación de servicios da lugar a la acción por daños y perjuicios». Revista de los Tribunales, 1940, p. 373. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
X.- «El que incumple los deberes que le impone un contrato está obligado a resarcir el perjuicio que tal incumplimiento cauce». Ejecutoria del 25 de abril de 1947. Revista de Jurisprudencia Peruana, Números 42 y 43, 1947, p. 458. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
XI.- «Si procede dolosamente el cliente que contrata los servicios de un abogado, está obligado a la reparación de los daños y perjuicios y es nulo el contrato de locación». Ejecutoria del 10 de noviembre de 1949. Revista de Jurisprudencia Peruana, n.ºs 70 y 71, 1949, p. 919. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
XII.- «Indemnización de perjuicios y daños ocasionados en plantaciones». Ejecutoria del 29 de noviembre de 1949. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 72, 1950, p. 75. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
XIII.- «Si el vendedor se obligó a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar su precio en dinero, existe un contrato perfecto de compraventa conforme al artículo 1383 del Código Civil.
De acuerdo con el artículo 339 del Código de Comercio tratándose de un contrato de compraventa mercantil es improcedente la demanda de rescisión por lesión.
El vendedor está obligado a entregar la cosa materia del contrato o alternativamente, conforme al artículo 1320 del Código Civil, a indemnizar al comprador por el daño sufrido.
En la compraventa de un automóvil la falta de entrega del vehículo se indemniza con la diferencia entre el precio pactado y el que tenía el vehículo cuando se negó su entrega». Ejecutoria del 23 de septiembre de 1950. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 81, 1950, p. 1254. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
XIV.- «No debe ordenarse el pago del interés legal del dinero invertido en acciones por concepto de daños y perjuicios, si la indemnización puede ser determinada pericialmente y comprender la parte proporcional de los beneficios que de haberse cumplido el contrato de empresa se habría obtenido». Ejecutoria del 3 de agosto 1951. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 94, 1951, p. 1314. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
XV.- «Quien rescinde unilateralmente un contrato sinalagmático antes del tiempo pactado para su vigencia, deberá indemnizar los daños y perjuicios que ha producido». Ejecutoria del 3 de septiembre de 1951. Normas Legales, Número 15, 1951, p. 246. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
XVI.- «La fijación de un porcentaje por cada día de retardo en el cumplimiento de la obligación de hacer, importa una cláusula penal, que deberá abonar el deudor y que se computa desde el día siguiente a aquel en que debió cumplir la prestación.
La indemnización por mora no excluye el pago de los daños y perjuicios producidos por defectos en el cumplimiento de la obligación.

Tanto el daño emergente como el lucro cesante, deben ser fehacientemente probados por quien los reclama, a fin de que proceda su abono». Ejecutoria del 14 de septiembre de 1951. Normas Legales, Número 15, 1951, p. 248. (Artículos 1225 y 1320 del Código Civil de 1936 y 1342 del Código Civil de 1984).
XVII.- «El conductor se encuentra obligado a pagar los daños que se han comprobado mediante inspección ocular del fundo arrendado y el monto de la renta dejada de abonar que dio (sic) mérito a la acción de desahucio». Ejecutoria del 4 de octubre de 1951. Normas Legales, Número 16, 1952, p. 325. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
XVIII.- «Si el conductor ha paralizado la obra, debe declararse infundada la acción dirigida por éste para que se declare rescindido el contrato de construcción, y fundada la reconvención interpuesta por el propietario del inmueble para que el constructor le indemnice los daños y perjuicios que le ha producido la paralización y abandono de la obra». Ejecutoria del 27 de septiembre de 1952. Normas Legales, Número 17, 1952, p. 204. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
XIX.- «El que rescinde unilateralmente un contrato de habilitación, antes de que venza el plazo pactado, está obligado a pagar daños y perjuicios». Revista de Jurisprudencia Peruana, 1952, p. 1604. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
XX.- «La indemnización por mora no excluye el pago de los daños y perjuicios sufridos por defectuoso cumplimiento de la obligación. Tanto el daño emergente como el lucro cesante deben ser probados a fin de que proceda su abono». Revista de Jurisprudencia Peruana, 1952, Página 1608. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
XXI.- «El alza de las materias primas por entregar no justifica el incumplimiento de la obligación. Procede el pago de daños y perjuicios». Revista de Jurisprudencia Peruana, 1953, p. 63. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
XXII.- «Si el padre reclama indemnización contra la empresa propietaria del vehículo que causó la muerte de su hijo mayor de edad, quien viajaba como pasajero, el importe de dicha indemnización deberá reducirse si no está probado que la víctima contribuía a su sostenimiento, aun cuando se hubiera acreditado la negligencia de la propietaria del vehículo, quien no cuidó que éste se encontrara en buenas condiciones para el transporte». Ejecutoria del 14 de abril de 1953. Normas Legales, Número 19, 1953, p. 313. (Artículo 1136 del Código Civil de 1936).
XXIII.- «Quien no cumple con las obligaciones que ha asumido en un contrato de permuta, deberá devolver las cosas que le fueron entregadas, más los daños y perjuicios». Ejecutoria del 13 de mayo de 1953. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 113, 1953, p. 711. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).
XXIV.- «Sólo deben ser admitidas las pruebas que se refieren a los hechos que son materia de la controversia, sin que sea legal afirmar que es en el fallo en donde deberá, apreciarse su pertinencia o impertinencia (Daño Moral)». Ejecutoria del 23 de marzo de 1954. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 125, 1954, p. 724. (Artículo 1148 del Código Civil de 1936).
XXV.- «El incumplimiento de sus respectivas obligaciones por ambos contratantes, no

da lugar a la acción por daños y perjuicios». Revista de Jurisprudencia Peruana, 1955, p. 2240. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

XXVI.- «El contrato de arrendamiento de terrenos rústicos otorgado por un Concejo Distrital sin observar las disposiciones de la Ley Orgánica de Municipalidades, es nulo.

Para que proceda el pago de daños y perjuicios es necesario acreditar que hubo mala fe o dolo en la celebración de un contrato nulo». Ejecutoria del 10 de octubre de 1956. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 154, 1956, p. 1351. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

XXVII.- «El arrendatario que se obligó a introducir mejoras en el bien arrendado, en resguardo de la propiedad, es responsable de los daños y perjuicios que sufren los sub-arrendatarios por la destrucción de una pared». Ejecutoria del 21 de diciembre de 1956. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 158, 1957, p. 319. (Artículos 1136 y 1146 del Código Civil de 1936).

XXVIII.- «La empresa de transportes está obligada a conducir al pasajero sano y salvo al lugar de su destino.- Al fijarse la indemnización por el incumplimiento de esta obligación debe tenerse en consideración si el pasajero con su conducta contribuyó o no a causar el daño». Ejecutoria del 3 de abril de 1957. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 162, 1957, p. 811. (Artículos 1136 y 1148 del Código Civil de 1936 y 1326 del Código Civil de 1984).

XXIX.- «Hay obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de un contrato, si la imposibilidad alegada se debe a causas extrañas a la parte perjudicada». Ejecutoria del 9 de junio de 1959. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 187, 1959, p. 879. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

XXX.- «La indemnización a favor del acreedor anticrético que ha sido despojado indebidamente del bien dado en garantía debe comprender los menoscabos y ganancias dejadas de percibir. El interés del capital adeudado se debe compensar con los frutos de aquél». Ejecutoria del 6 de julio de 1959. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 190, 1959, Página 1234. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

XXXI.- «En los arrendamientos de fundos con dotación ganadera, el conductor, salvo pacto en contrario, hace suyos las crías, frutos y productos.

En caso de que resultara diferencia entre las cabezas recibidas y las devueltas, la misma debe resarcirse en dinero, estimándose su valor al tiempo en que debieron ser restituidas.

Los daños y perjuicios por la mora en la devolución de un fundo arrendado se reparan con la merced conductiva que efectivamente dejó de percibir el propietario». Ejecutoria del 31 de diciembre de 1959. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 197, 1960, p. 709.

XXXII.- «Probados con la diligencia de inspección ocular los perjuicios que por su mala conducción el demandado ha ocasionado al fundo y las plantaciones locadas, es fundada la demanda de rescisión de contrato y procedente el pago de daños y perjuicios». Ejecutoria del 10 de enero de 1964. Normas Legales, Número 40, 1964, p. 448. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

XXXIII.- «El monto de la indemnización que debe pagarse a una víctima de un accidente aéreo, debe fijarse en atención a la responsabilidad de la obligada y al daño moral y material que se le ha causado». Ejecutoria del 26 de abril de 1967. Normas Legales, Número 48, 1967, p. 449. (Artículos 1136, 1144 y 1448 del Código Civil de 1936 y 1322 y 1325 del Código Civil de 1984).

XXXIV.- «El monto de la indemnización que debe pagarse a una víctima de un accidente aéreo, debe fijarse en atención a la responsabilidad de la obligada y al daño moral y material que se le ha causado». Ejecutoria del 26 de abril de 1967. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 280, 1967, p. 606. (Artículos 1136, 1144 y 1148 del Código Civil de 1936 y 1322 y 1325 del Código Civil de 1984).

XXXV.- «En caso de incumplimiento de un contrato, no procede reclamar una indemnización de acuerdo con el artículo 1136 del Código Civil, que se refiere a los actos ilícitos.

Los daños y perjuicios susceptibles de indemnización son aquellos que se acreditan en el juicio.

Los gastos que demanda un juicio deben apreciarse en el mismo procedimiento». Ejecutoria del 23 de septiembre de 1967. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 285, 1967, p. 1189. (Artículo 1136 del Código Civil de 1936).

XXXVI.- «Estando acreditado en autos que el suministro de carne congelada estuvo sujeto a una condición suspensiva, la misma que no se ha realizado, no se puede demandar el cumplimiento de ese contrato, máxime cuando se demuestra que dicha condición no se producirá.

Es improcedente la indemnización de daños y perjuicios de acuerdo con el artículo 1136 del Código Civil cuando se trata del incumplimiento de un contrato». Ejecutoria del 30 de abril de 1968. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 298, 1968, p. 1336. (Artículo 1136 del Código Civil de 1936).

XXXVII.- «No puede reclamarse una indemnización por incumplimiento de contrato invocando el artículo 1136 del Código Civil, o sea una indemnización derivada de un acto ilícito fuera de contrato». Ejecutoria del 18 de julio de 1969. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 307, 1969, p. 968. (Artículo 1136 del Código Civil de 1936).

XXXVIII.- «No obstante haberse fijado con carácter meramente provisional el plazo de locación de servicios, no procede su rescisión por voluntad unilateral.

Los daños y perjuicios abonados por el incumplimiento del plazo contractual deberán resarcirse con el íntegro del haber que debió percibir el demandante en el lapso faltante para la expiración del contrato». Ejecutoria del 25 de octubre de 1970. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 326, 1971, p. 391. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

XXXIX.- «Tratándose de una rescisión por incumplimiento, las arras son simplemente confirmatorias y, por lo mismo, constituyen parte del precio, deben ser devueltas, sin

perjuicio de la liquidación de los daños y perjuicios respectivos». Ejecutoria del 22 de mayo de 1973. Normas Legales, Número 68, 1973, p. 414. (Artículos 1227 y 1320 del Código Civil de 1936 y 1346 del Código Civil de 1984).

XL.- «El transportista es responsable de la indemnización de los daños y perjuicios cuando el personal encargado de la conducción de un tren de su propiedad no toma las debidas precauciones para evitar accidentes a los pasajeros.

El monto de la indemnización debe fijarse prudencialmente teniendo en cuenta la edad de la víctima, el trabajo que realizaba y los estudios seguidos». Ejecutoria del 11 de septiembre de 1973. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 358, 1973, p. 1359. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

XLI.- «El juez en la sentencia, no puede deferir la fijación de los daños y perjuicios, incluyendo el daño moral, a la etapa de ejecución del fallo.

No procede declarar la nulidad de una sentencia, cuando el extremo de la misma que adolece de vicios no afecta a las otras decisiones que contiene». Ejecutoria del 25 de marzo de 1974. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 363, 1974, p. 401. (Artículos 1320 y 1323 del Código Civil de 1936).

XLII.- «Es nula una letra de cambio cuando la obligación que ella contiene carece de causa que la justifique y no representa valor recibido como aparece de su tenor.

Es improcedente el pago de una indemnización en concepto de daños y perjuicios si éstos no han sido acreditados». Ejecutoria del 25 de abril de 1974. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 364, 1974, p. 561. (Artículos 1320 del Código Civil de 1936 y 1331 del Código Civil de 1984).

XLIII.- «Rescindido el contrato de compraventa por culpa del vendedor, está obligado no sólo a la devolución de la parte del precio recibido más sus intereses legales, sino también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al comprador.

Para que las arras funcionen con el carácter de penitenciales es necesario que las partes estipulen el derecho de retractarse del cumplimiento del contrato». Ejecutoria del 9 de septiembre de 1974. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 371, 1974, p. 1439. (Artículos 1320 y 1324 del Código Civil de 1936 y 1324 del Código Civil de 1984).

XLIV.- «En las obligaciones de entrega de inmuebles, los daños se reparan con la renta probable que producirían». Ejecutoria del 1 de abril de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 376, 1975, p. 528. (Artículos 1320 y 1324 del Código Civil de 1936 y 1324 del Código Civil de 1984).

XLV.- «El vendedor no puede exigir el pago del saldo de precio si por su causa el comprador no estaba en aptitud de cumplir con su obligación en la oportunidad estipulada, ni tampoco con la compensación pactada por la ocupación del inmueble a partir de esa fecha.

La indemnización para el caso de rescisión sólo procede cuando se demanda ésta, y siempre que el comprador no haya pagado más del 50% del precio». Ejecutoria del 15 de abril de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 375, 1975, p. 386. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

XLVI.- «Cuando se rescinde la venta deben serle pagadas al comprador las mejoras que hubiera hecho en la cosa y el valor que ésta haya recibido por el transcurso del tiempo.

El comprador debe pagar una indemnización por el uso de la cosa sólo desde la fecha en que la recibió hasta su devolución». Ejecutoria del 16 de abril de 1975. Revista de Jurisprudencia, Número 376, 1975, p. 526. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

XLVII.- «Hay incumplimiento del contrato de edición, que obliga a la indemnización de los daños y perjuicios, si los libros materia del contrato se entregaron sólo en parte con posterioridad a la fecha convenida y con fallas técnicas de impresión y encuadernación». Ejecutoria del 2 de mayo de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 376, 1975, p. 516. (Artículos 1182 y 1320 del Código Civil de 1936 y 1148 del Código Civil de 1984).

XLVIII.- «El constructor está obligado a restituir al propietario el valor de la obra que no entregó dentro del plazo convenido y a indemnizarle los daños y perjuicios representados por el importe de la multa, por no haber obtenido oportunamente la licencia de construcción, y los intereses legales del valor de aquella». Ejecutoria del 6 de mayo de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 376, 1975, p. 529. (Artículos 1182, 1320 y 1324 del Código Civil de 1936 y 1148 y 1324 del Código Civil de 1984).

L.- «La indemnización por incumplimiento no puede ser superior a la estipulada por las partes.

La suma a restituirse como suma pagada en exceso no puede ser mayor a la cantidad señalada en la demanda». Ejecutoria del 30 de diciembre de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 387, 1976, p. 419. (Artículos 1223 y 1320 del Código Civil de 1936 y 1341 del Código Civil de 1984).

LI.- «El contrato de compraventa queda perfecto cuando se ponen de acuerdo las partes sobre la cosa y el precio.

El comprador debe abonar el precio en el lugar y día estipulados.

De no hacerlo incurre en responsabilidad y deberá resarcir los daños y perjuicios». Ejecutoria del 13 de octubre de 1976. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 398, 1977, p. 322. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

LII.- «La declaración de los vendedores que sobre el bien objeto del contrato no existe acto o contrato que limite su libre disposición de dominio, los obliga a transferir el inmueble totalmente libre para que los compradores ejerzan de inmediato su derecho de posesión.

El ocultamiento de que el inmueble esta ocupado por un arrendatario, demuestra la mala fe del vendedor que obliga a indemnizar los daños y perjuicios que sufre el comprador como consecuencia de ese hecho». Ejecutoria del 4 de enero de 1977. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 396, 1977, p. 68. (Artículos 1233, inciso 3, 1254, inciso 2, 1320, 1321, 1323 y 1325 del Código Civil de 1936 y 1219, inciso 3, 1324, 1328 y 1333, inciso 2 del Código Civil de 1984).

LIII.- «No corresponde condenar al demandado al pago de daños y perjuicios si el actor no acredita que ha incumplido con el contrato, por no haber podido precisar las obligaciones que le competían». Ejecutoria del 14 de abril de 1977. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 400, 1977, p. 588. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

LIV.- «Al no constar por escrito el contrato de construcción y no estar de acuerdo las partes con relación a su contenido, no se puede precisar su naturaleza ni el plazo.

El solo hecho de que, a una fecha dada, la valorización pericial de los trabajos ejecutados resulte inferior a la suma entregada al constructor, no genera la obligación de éste de restituir la diferencia e indemnizar daños y perjuicios, pues se necesita para ello que previamente se declare rescindido el contrato». Ejecutoria del 19 de abril de 1977. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 400, 1977, p. 590. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

LV.- «Con arreglo al artículo 1323 del Código Civil los daños y perjuicios de que responde el deudor con los previstos o los que se hubieren podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento, y en caso de dolo de todos los que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento, como efecto directo e indirecto; y de conformidad con el siguiente numeral en las obligaciones por pagar cierta suma los daños se reparan con los intereses estipulados y en su defecto con el interés legal del dinero por todo el tiempo que se demore la entrega». Ejecutoria del 3 de marzo de 1978. «El Peruano», 25 de febrero de 1979. (Artículos 1323 y 1324 del Código Civil de 1936 y 1324 del Código Civil de 1984).

LVI.- «La responsabilidad contractual surge cuando a consecuencia de una conducta negligente o imprudente se causa un daño». Ejecutoria del 23 de marzo de 1978. El Peruano, Número 11517, 26 de Marzo de 1979. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

LVII.- «La reclamación de daños y perjuicios derivada del incumplimiento de un contrato se rige por las disposiciones relativas al Título de la inejecución de las obligaciones.

Los daños y perjuicios previstos en el artículo 1320 del Código Civil son moratorios en cuanto la obligación no se cumple en el plazo estipulado o son compensatorios en el caso de inejecución definitiva, y por tal razón es indispensable exigir la obligación «in natura», porque las consecuencias son diferentes y porque de no exigirse el vínculo contractual o el rompimiento del mismo quedaría indefinitivamente (sic) sin solución, lo que es inaceptable en las relaciones y obligaciones contractuales». Ejecutoria del 10 de enero de 1979. El Peruano, 12 de abril de 1982. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

LVIII.- «Las disposiciones contenidas en los artículos 1136 y siguientes del Código Civil son aplicables a los actos ilícitos pero no para resolver los derechos y obligaciones derivadas de los contratos que se rigen por normas diversas.

Las arras penitenciales se hacen efectivas cuando se opta expresamente por la retractación, siendo necesario que sea expreso también el convenio.

Es improcedente la demanda sobre indemnización y otra, cuando no se ha estipulado el derecho a retractarse, sino la simple convención de devolver las arras en determinada circunstancia, siendo el cumplimiento del contrato o la rescisión del mismo, los dos únicos modos alternativos de resolver una situación jurídica planteada por pacto equívoco». Ejecutoria del 19 de enero de 1979. «El Peruano», 29 de marzo de 1982. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

LIX.- «No procede la demanda de daños y perjuicios amparándose en las reglas del derecho común, por cuanto la concesión de ese otro beneficio implicaría un doble pago no permitido por la ley». Ejecutoria del 5 de junio de 1979. «El Peruano», Número 12678, 22 de marzo de 1982. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

LX.- «La responsabilidad materia del juicio deriva de un contrato de transporte y no de un acto ilícito.

Aunque de acuerdo al artículo 356 del Código de Comercio las mercaderías se transportan a riesgo y ventura del cargador, sin embargo el portador es responsable de las pérdidas que se producen por caso fortuito o fuerza mayor si obró con negligencia o por no tomar las precauciones del caso». Ejecutoria del 28 de junio de 1979. El Peruano, Número 12720, 3 de Mayo de 1982. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

LXI.- «No procede la rescisión de un contrato de compraventa de un bien inmueble, si la propia demandante no ha cumplido con las cláusulas (sic) convenidas en el contrato bilateral.

La reconvención sobre otorgamiento de escritura del bien inmueble sub litis, procede de acuerdo con lo previsto por el artículo 1340 concordante con los numerales 1407 y 1420 del Código Civil.

La indemnización por incumplimiento de la obligación se fijará en la ejecución de sentencia previo dictamen pericial». Ejecutoria del 14 de enero de 1982. «El Peruano», Número 12713, 26 de abril de 1982. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

LXII.- «Para que proceda la acumulación de procesos, es necesario que exista litis, es decir, contestación expresa en rebeldía, lo que no sucede en autos, pues la demanda de otorgamiento de escritura no ha sido notificada a todos los demandados.

La demanda sobre nulidad de documento y daños y perjuicios, debe entenderse con todos los que intervienen en dicho acto, es decir también con el cónyuge del demandado». Ejecutoria del 25 de enero de 1983. «El Peruano, Número 13014, marzo de 1983. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

LXIII.- «Conforme al artículo 1083, concordante con el numeral 973 del Código de Procedimientos Civiles y en armonía con la exposición de motivos de este último dispositivo, la contradicción de sentencia, en un juicio de desahucio, está reservada al conductor sólo con el objeto de obtener una indemnización». Ejecutoria del 30 de

perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve[...]».

Al respecto, comentando el artículo 1320 del Código Civil de 1936, José León Barandiarán[234] expresa que si la imposibilidad proviene de falta del deudor, la obligación se transforma en pago pecuniario de daños y perjuicios; obligación compensatoria que funciona en sustitución de la prestación primitiva *in natura*.

La obligación —señala León Barandiarán— debe ser siempre exigible en su forma natural. Solo si esta no llega a efectuarse, entonces tiene lugar la indemnización compensatoria de los daños y perjuicios, siempre que se trate de una imposibilidad imputable al obligado. Se sobrentiende que únicamente un incumplimiento que entraña perjuicio para el acreedor abre la acción respectiva de responsabilidad, por razón de tal «interés positivo» o de «cumplimiento».

En lo que respecta al dolo, la regla general sobre inejecución de obligaciones se refiere a una inejecución voluntaria y consciente de

mayo de 1983. «El Peruano», Número 13154 del 11 de julio de 1983. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

LXIV.- «Los contratos son obligatorios para las partes y deben cumplirse en todo aquello a que se hubiera obligado, señala el artículo 1328 del Código Civil anterior.

La indemnización en moneda extranjera reclamada, en concepto de lucro cesante como comisión dejada de percibir, debe fijarse prudencialmente». Ejecutoria del 6 de Agosto de 1984. «El Peruano», Número 14390, 27 de octubre de 1986. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

LXV.- «En todo caso de rescisión por falta de pago del precio, será condenado el comprador a la reparación de perjuicios, de acuerdo con la norma contenida en el artículo 1413 del Código Civil derogado, que reproduce el artículo 1541 del nuevo Código sustantivo, debiendo fijarse el monto de la reparación en forma prudencial». Ejecutoria del 24 de enero de 1986. «El Peruano», Número 14274, 14 de julio de 1986. (Artículo 1320 del Código Civil de 1936).

[234] León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones-modalidades y efectos*. Buenos Aires: Editorial Ediar S.A. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1956, tomo II, p. 595.

parte del deudor, y ello le acarrea responsabilidad. Como indica Jorge Eugenio Castañeda,[235] el deudor no ejecuta la prestación, no porque pretenda dañar a su acreedor, sino porque simplemente no quiere; el deudor doloso no realiza la prestación deliberadamente, sabe que debe, pero no paga porque no quiere; conoce que debe cumplir, pero no cumple, aun cuando no piense que su incumplimiento derivará en daño para el acreedor.

De ahí que el mismo autor sostenga que el dolo en las obligaciones se reduce a omisiones, a dejar de ejecutar las prestaciones; solo cuando se trata de obligaciones de no hacer no nos encontramos con omisiones sino con acciones dolosas.

Por otro lado, se ha observado[236] que en vez de «inejecución proveniente de dolo» o «incumplimiento por dolo», debió decirse «dolo en el cumplimiento», por ser una forma más comprensiva en cuanto incluye no solo los casos de verdadera inejecución, sino también los de mala ejecución. Si bien las primeras expresiones admiten —con criterio amplio— que en el concepto de inejecución ha de entenderse incorporada también la mala ejecución, en el lenguaje hay una diferencia. Incluso se advierte que tampoco pueden equipararse mala ejecución (calidad) e inejecución parcial (cantidad). En suma, el dolo en el cumplimiento o, si se prefiere, la inejecución proveniente de dolo, puede consistir ya sea en una inejecución total, en una ejecución parcial, en una ejecución tardía o en una ejecución defectuosa.

[235] Castañeda, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Teoría General de las obligaciones*. Lima: P.L. Villanueva, 1957, tomo II, pp. 81 y 82.

[236] Busso, Eduardo B. *Código Civil Anotado. Obligaciones*. Buenos Aires: EDIAR S.A. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores S.R.L., 1951, tomo III, pp. 242 y 243.

Así, como presupuesto de responsabilidad civil, el dolo aparece cuando el incumplimiento del deudor le es reprochable por haber querido infringir el deber de cumplir con la prestación a que estaba sujeto. De ahí que también se le define como la voluntad deliberadamente desplegada a un resultado de antijuridicidad.

Conviene en esta parte del análisis, desarrollar las diferencias y similitudes que pudieran existir entre los conceptos de dolo y previsibilidad.

Se sabe que la teoría de la responsabilidad se asienta en una tesis de previsiones. La previsibilidad, como veremos más adelante, es el elemento característico de la culpa, consistente en la posibilidad de conjeturar los requisitos dañosos de la acción, no previstos, sin embargo, de modo efectivo en el caso de que se trata.

Por ello Mosset Iturraspe[237] indica que al lado de un virtual haber podido prever, que configura la culpa, se ubica un efectivo haber previsto, que importa el dolo. En uno y otro caso, la previsión es el resultado externo o sea la producción del daño.

Esa imagen del dolo imputa al autor del hecho las consecuencias mediatas «cuando las hubiere previsto»; y, asimismo, imputa las consecuencias casuales «cuando debieron resultar, según la mira que tuvo el autor al ejecutar el hecho».

En ambos supuestos, a decir de Mosset Iturraspe, la ley se transfiere al «haber querido»: si alguien quiso hacer algo previendo que producirá tal resultado, la ley da por establecido que quiso dicho resultado ya que quien quiere algo lo quiere con sus consecuencias.

[237] Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos. Op. cit.*, tomo I, pp. 95 y 96.

El dolo tiene «una finalidad jurídicamente relevante» y esa finalidad no es otra que la realización de una voluntad dirigida a un resultado determinado en la norma prohibitiva, una deliberada intención de lograr un resultado, siendo irrelevante la conciencia de la antijuridicidad.

En suma, creemos que el deslinde entre la previsibilidad y el dolo —como factor de atribución de responsabilidad civil— debe plantearse desde el siguiente criterio:

- La estructura del dolo parte de la conjunción o síntesis entre voluntad y resultado.
- El concepto de dolo es normativo y no un mero fenómeno psicológico: «El juicio de culpabilidad, transforma la mera referencia psicológica de la intención, en dolo; es decir, en culpabilidad reprochable y, por tanto, normativa».[238]
- Si no se «conjeturan» los resultados dañosos de la acción, se configura dolo y no simple negligencia; y, de concurrir la imposibilidad de prever, existiría uno de los elementos que determinan la excusa por caso fortuito.

Otra figura afín al dolo es la malicia, la misma que a decir de Borda[239] no equivale a dolo como por error se ha entendido.

Malicia es un dolo calificado por algunas de las siguientes circunstancias: a) intención de causar un daño; b) indiferencia de quien incumple ante las consecuencias dañosas que muy probable y previsiblemente surgirán al acreedor como fruto del incumplimiento.

[238] Von Liszt. Citado por Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos. Op. cit.*, tomo I, p. 96.

[239] Borda, Guillermo A. Citado por Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 142 y 143.

En materia contractual, incumplimiento doloso significa intención de no cumplir. Ahora bien, este incumplimiento intencional, por sí solo, no tiene por qué ocasionar mayor responsabilidad que el incumplimiento culposo. Desde el punto de vista del acreedor, ¿qué importancia tiene que el incumplimiento se deba a que el deudor se olvidó de la obligación o a que no haya querido cumplirla? Lo que interesa al acreedor es el pago puntual. Los procesos psicológicos que llevaron al deudor al incumplimiento, le son, en principio, indiferentes.

La malicia *(Bösswilligkeit,* para los alemanes) se relaciona con el «dolo malo» del Derecho Romano, y alude a la naturaleza moral del dolo. Se dice que equivale a veces al dolo y «la más estricta acepción la equipara a 'designio', resolución o determinación de la mente», etc. Ahora bien, hay coincidencia en afirmar que el concepto de malicia es muy extenso y variado, susceptible de diversas acepciones.

Adviértase, además, que la mayoría de diccionarios jurídicos incorporan en la definición de malicia a los siguientes términos: maldad, mala intención, designio encubierto y dolo.

El artículo 521 del Código Civil Argentino dispone que: «Si la inejecución de la obligación fuese 'maliciosa' los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas»; sustituyendo así la alusión al «dolo».

La gran mayoría de tratadistas de ese país afirman que la utilización de la palabra «maliciosa», en lugar de «dolosa», evidentemente deliberada, es intrascendente.

Jorge Mosset Iturraspe[240] ve en la malicia una especie de dolo, calificado por el designio o la intención perversa.

[240] MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos. Op. cit.*, tomo I, pp. 100-102.

Si bien la «intención de causar un daño» importa malicia —advierte Mosset Iturraspe—, no ocurre lo mismo con la «indiferencia del incumplidor ante las consecuencias dañosas que —muy probable y previsiblemente— surgirán al acreedor del incumplimiento»; esta indiferencia no constituye malicia, al menos para la opinión dominante.

La indiferencia, como situación subjetiva real ante la posibilidad del resultado, caracteriza al dolo eventual. Sebastián Soler alude a la «egoísta indiferencia», Núñez a la «sola indiferencia» o «indiferencia con fines egoístas o malvados» y Jiménez de Asúa, al considerar las «teorías del sentimiento» con motivo del dolo eventual, menciona a la «tesis del indiferentismo».

A decir de Mosset Iturraspe, si de acuerdo con la interpretación que comenta —se refiere al citado artículo 521 del Código Civil Argentino—, el dolo eventual queda comprendido en la inejecución maliciosa, demás está decir que también lo están el dolo directo y el mediato o directo de segundo grado. De donde la nueva expresión elegida para sancionar ciertos incumplimientos deliberados o a sabiendas, conduciría a consecuencias no queridas, al abarcar cualquier inejecución intencionada o dolosa.

La interpretación de la expresión «malicia» que asume el jurista citado, lo lleva a excluir de la sanción agravada del referido artículo 521 a las inejecuciones que traducen un dolo mediato (indirecto o directo de segundo grado) o un dolo eventual, e incluso cree que han de originar discrepancias en la consideración del dolo directo.

Subraya el hecho de que debe tenerse presente que en materia de incumplimiento de la obligación «la igualación se hace a nivel de la culpa», puesto que la norma genérica en este campo de la responsabilidad civil es el artículo 520, el mismo que, sin aludir a especie alguna de culpabilidad, «sólo» comprende, en el «resarcimiento de los da-

ños e intereses», los que fueren «consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación».

Agrega que luego de la reforma legislativa argentina operada en el año 1968, entre otras normas del artículo 521, todo incumplimiento no malicioso, sea culposo o doloso, se rige por el artículo 520 del Código Civil.

Concluye Mosset Iturraspe señalando que hubiese preferido que se adoptara la recomendación del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, en el sentido de que: «la reparación ha de sancionarse según fórmula integral y unificada, aplicable a la responsabilidad contractual, cualquiera sea la naturaleza de la prestación...»; el distingo entre una inejecución y otra que no lo es, omite considerar la situación del acreedor insatisfecho para poner el acento sobre la conducta del deudor, desde un punto de vista de retribución moral que nada tiene que ver con la reparación de los daños.

Por otro lado, conviene también distinguir el dolo de la lesión.

En sentido jurídico amplio, lesión significa perjuicio económico derivado de una relación jurídica contractual, por cuya razón se concede a la parte perjudicada una acción para dejar sin efecto dicho contrato.

Pero en sentido jurídico restringido, la lesión es un vicio contractual que se presenta al momento de la celebración del acto, en donde existe una desproporción mayor de dos quintas partes entre el valor de las prestaciones, un estado de necesidad en la parte lesionada y el aprovechamiento de ese estado de necesidad por parte del lesionante, con eventuales consecuencias rescisorias o de reajuste del valor de las prestaciones contractuales (artículo 1447 del Código Civil Peruano de 1984).

Luis Romero Zavala[241] explica que el perjuicio económico es consecuencia de una desproporción considerable entre las prestaciones, porque obviamente entre ellas siempre habrá diferencias de valor, aunque el contrato sea conmutativo, pues la igualdad absoluta es una utopía. Ese desnivel de valor insignificante —agrega el citado autor—, no generará mayor perjuicio económico y como los contratantes son conscientes de la existencia real de esas diferencias, hacen renuncia a todo reclamo posterior y se hacen recíproca donación de cualquier exceso. Pero si el desequilibrio es verdaderamente excesivo, debe buscarse un *iustum pretium*, como decían los romanos.

En suma, la doctrina y la legislación nacional han optado por la naturaleza objetiva-subjetiva de la lesión. En efecto, para que proceda la acción rescisoria por lesión se exige, en primer lugar, que exista una desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato, mayor de las dos quintas partes, que es el elemento objetivo; y luego, en segundo lugar, se requiere que tal desproporción resulte del aprovechamiento, por uno de los contratantes, de la necesidad apremiante del otro (elementos subjetivos).

Analicemos cada uno de estos últimos elementos.

El primer elemento subjetivo de la lesión es el estado de necesidad apremiante del lesionado, el mismo que implica inexperiencia, ligereza y penuria existentes al momento de la celebración del contrato.

Existen dos posiciones respecto al estado de necesidad. Una de ellas es la de Ernesto La Orden,[242] quien lo define como una urgencia

---

[241] Romero Zavala, Luis. *Teoría General de los Contratos*. Lima: Editora FECAT, 1999, tomo II, p. 123.

[242] Citado por De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.* Segunda Parte, tomo V, p. 250.

extraordinaria, una premura psicológica tan estrecha que disminuye angustiosamente el número de los elegibles hasta reducir la elección a una simple alternativa. La voluntad aún puede elegir, pero su elección es tan mísera, es tan necesitada, que no puede menos que constituir un problema la determinación del valor que debe atribuírsele. Otra es la de Messineo,[243] quien entiende el estado de necesidad como una situación que disminuye la libertad de elección y que induce al sujeto a concluir el contrato, no siendo necesario que el sujeto esté en estado de indigencia.

A entender de Manuel de la Puente y Lavalle,[244] el artículo 1447 del Código Civil Peruano, al referirse a la necesidad apremiante del contratante, se inclina por la primera posición, pues como él mismo señala: «la necesidad a que se refieren los textos legales no es la definida en el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española, 1984) como el impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente o todo aquello a lo cual es imposible substraerse, faltar o resistir, sino más bien [...] como el estado que induce a una persona a concertar un negocio en franca desventaja para su patrimonio con el objeto de evitar un mal mayor».[245]

Hemos dicho que ligado al concepto de la necesidad apremiante, se encuentran los de ligereza, inexperiencia y penuria. Precisemos sucintamente cada uno de ellos:

- El concepto de ligereza no es preciso. Hay quienes consideran que tal vocablo se refiere a las situaciones patológicas o psicopatológicas que sufre el insano, a tal punto que no le sea posible

[243] *Idem.*
[244] De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.* Segunda Parte, tomo V, p. 248.
[245] *Ibidem*, p. 248.

evaluar debidamente el alcance de sus actos. Algunos lo reducen a los casos de obrar irreflexivo, versátil o voluble, producto de estados mentales patológicos de debilidad; otros le dan un contenido de irreflexión; pero en lo que sí hay coincidencia es en que no se trata de una conducta imprudente o negligente de la víctima.[246] Los cuerpos legislativos que hacen referencia a la ligereza, como elemento que justifica la acción por lesión en un contrato, son entre otros los siguientes: Código Civil Alemán (artículo 138), Código Civil de China (artículo 74), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21), Código Civil Argentino (artículo 954), Código Civil del Líbano (artículo 214), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 561), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 671) y el Proyecto de Código Civil de Bélgica (artículo 1118).

- La inexperiencia, por su parte, ha sido definida como la falta de conocimientos que se adquieren con el uso y la práctica, en particular la de los negocios.[247] Menciona a la inexperiencia como elemento justificativo de la acción por lesión, además de los cuerpos legislativos antes enumerados, el Código Civil Etíope (artículo 1710).

- Finalmente, otra causal inmersa en el estado de necesidad apremiante del lesionado es la penuria, definida esta como escasez, falta de las cosas precisas o de alguna de ellas. «No es necesario que la penuria sea precisamente económica, pues puede depender también de necesidades personales muy apremiantes de otro género».[248]

[246] *Ibidem*, p. 251.
[247] *Ibidem*, p. 252.
[248] Von Thur. Citado por *ibidem*, p. 254.

Por otra parte, el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de quien resultará lesionado. Este aprovechamiento implica plantear a la víctima una relación contractual manifiestamente desproporcionada, conociendo su estado de necesidad, para que ella, sopesando la satisfacción de su necesidad con el sacrificio que se le propone en cambio, acepte celebrar el contrato en las condiciones propuestas.

No basta, sin embargo, que el lesionante tenga conocimiento del estado de necesidad de la otra parte, sino además que haga lo suficiente para que las condiciones lesivas se presenten y la contraparte se someta a tales condiciones.

En cuanto al elemento objetivo de la lesión, este está compuesto por la desproporción en las prestaciones a favor de una de las partes (obviamente el lesionante).

Al respecto, se ha sostenido que teniendo en cuenta el «grado» de la desproporción, estaremos ante una «lesión genérica» o una «lesión específica».[249]

La lesión genérica es la lesión típica que se encuentra contenida en el artículo 1447 del Código Civil. Esta exige la concurrencia de tres requisitos: los dos subjetivos, que vienen a consistir en los anteriormente descritos (estado de necesidad apremiante y aprovechamiento de tal estado de necesidad); y el objetivo, constituido por la desproporción de valor entre las prestaciones mayor a las dos quintas partes, esto es, más de 40%.

Estos tres elementos integran los fundamentos de hecho de la acción judicial correspondiente, de tal manera que el demandante, en este caso el lesionado, estará obligado a demostrar en el proceso su

[249] Romero Zavala, Luis. *Teoría General de los Contratos*. Lima: Editora FECAT, 1999, tomo II, pp. 134 y 135.

presencia. Si solo pudiese acreditar uno o dos de ellos, mas no el otro o los otros, obviamente no estará tipificada la lesión y la demanda deberá ser declarada infundada.

La lesión específica o lesión enorme es la más grave y se encuentra contenida en el artículo 1448 del Código Civil Peruano, en los siguientes términos: «En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado».

De manera que en lo referente al *quantum* de la desproporción, nuestra ley señala dos casos: una desproporción mayor a las dos quintas partes, y otra desproporción igual o mayor a las dos terceras partes. Empero, para este segundo caso la ley dice que se presume el aprovechamiento doloso por parte del lesionante de la necesidad apremiante del lesionado. Se presume el acto lesivo por la inexperiencia del otro, la falta de conocimiento, el atolondramiento, la explotación de cualquier desgracia, etc. Y este aspecto es uno de los elementos que requiere probanza en el caso de la lesión genérica, pero no en el de la lesión enorme, donde deberá operar la presunción legal. Bastará entonces que el lesionado pruebe la desproporción señalada, para hacer lugar a una sentencia favorable, a menos que el demandado demuestre la inexistencia del estado de necesidad en el lesionado y, en consecuencia, que el lesionante no se aprovechó del mismo.

Ahora bien, si tenemos en cuenta todos los elementos característicos de la lesión que han sido descritos (sea genérica o enorme), podríamos concluir en que esta es siempre la consecuencia de un hecho, de una situación material, constituida por la desproporción entre las prestaciones, o como señala Manuel de la Puente y Lavalle,[250] «La le-

[250] De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.* Segunda Parte, tomo V, p. 246.

sión no da, por la sola razón de existir, nacimiento a un derecho o justificación a una acción que tienda a reparar el perjuicio en que ella consiste, desde que el perjuicio, por su mera existencia, no tiene carácter antijurídico. Solo en la medida que pueda establecerse que el perjuicio proveniente de la lesión es injusto, surgirá el derecho a obtener su reparación».

Por el contrario el dolo, como factor de atribución de responsabilidad civil, puede consistir tanto en un hecho como en una omisión intencional del deudor, destinada a dejar sin cumplimiento la obligación o a hacer que ella se cumpla solo de un modo parcial, tardío o defectuoso.

15.2.2. La culpa

La culpa es otro de los conceptos más delicados para el Derecho, por los matices del vocablo y por las diversas valoraciones legislativas y doctrinales que presenta.

Así, la noción de culpa como hecho generador de la responsabilidad civil es el producto de una profunda evolución.

La doctrina informa que en el Derecho Romano se distinguían dos grados de culpa: la culpa grave (*culpa lata*) y la culpa leve *(culpa levis* o simplemente culpa), y que la responsabilidad del deudor variaba según la categoría de la culpa.

La culpa grave consistía en omitir los cuidados más elementales, en no hacer lo que todo el mundo consideraría necesario hacer; «*lata culpa* —decía en este sentido un texto del Digesto— *est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt*» (culpa lata es la demasiada negligencia, esto es, no entender lo que todos entienden). Por ejemplo: (1) si la persona encargada de un depósito dejaba la puerta abierta durante la noche y robaban las cosas depositadas; o (2) si habiendo estallado un incendio en casa del depositario, este prefería salvar

las cosas propias y dejar perecer las depositadas, no obstante que el salvataje de estas últimas era tan fácil como el de las suyas propias.

La culpa leve o simplemente culpa, presentaba dos modalidades diferentes, que los autores designan con los términos de culpa leve *in abstracto* y culpa leve *in concreto*. Su significado era el siguiente:

(a) La culpa leve *in abstracto* consistía en omitir los cuidados de un buen padre de familia (*bonus pater familias*), es decir, los cuidados que prestaría un hombre de una diligencia ordinaria o común. Se toma aquí como tipo de comparación una abstracción ideal.

(b) En cuanto a la culpa leve *in concreto*, ella consistía en una variante de la responsabilidad derivada de la culpa leve *in abstracto*. El deudor, en efecto, aunque hubiese incurrido en culpa leve *in abstracto*, es decir, aunque hubiese omitido los cuidados de un buen padre de familia, no incurría en responsabilidad si demostraba que había puesto los mismos cuidados que habitualmente aportaba a sus propias cosas. Aquí, para determinar si había o no culpa, no se tomaba como punto de comparación el tipo ideal y abstracto de un buen padre de familia, sino al deudor mismo. Los intérpretes del Derecho Romano afirman que esta culpa era privativa del contrato de depósito, en que el depositario no incurría en responsabilidad si prestaba al bien entregado en depósito los mismos cuidados que habitualmente acostumbraba prestar a los suyos, aunque dicho bien se deteriorara o destruyera. El arquetipo de comparación, en consecuencia, no era un ser abstracto sino el propio deudor. No sabemos si esta regla se incorporó en el artículo 1603, inciso 1, del Código Civil de 1936 —«Son obligaciones del depositario: 1°.- Cuidar de la cosa depositada como propia; [...]»— con conocimiento de sus alcances, pero lo cierto es que ella ya no aparece en el Código Civil de 1984. En la ley actual, por consiguiente, las obligaciones del depositario se rigen por los prin-

cipios de la culpa grave y la culpa leve previstos por los artículos 1319 y 1320 del Código Civil.

Sobre la base de esta clasificación bipartita de la culpa, el Derecho Romano llegó a establecer los dos principios fundamentales siguientes: (1) cuando el deudor tenía interés en la obligación, respondía de toda clase de culpa, es decir, tanto de la culpa grave como de la culpa leve *in abstracto*; (2) si, por el contrario, el deudor no tenía interés en la obligación, su responsabilidad se limitaba exclusivamente a la culpa grave. En otros términos, siempre se respondía por la culpa grave, la cual quedaba equiparada al dolo, sin distinguir si el deudor tenía o no interés en la obligación; pero de la culpa leve el deudor respondía únicamente en caso de que tuviera interés en la obligación. Por aplicación de estos principios, en los contratos celebrados en interés de las dos partes, por ejemplo, en el contrato de compraventa, en el de locación, etc., ambas eran responsables no solo de la culpa grave sino también de la culpa leve; si, por el contrario, el contrato había sido celebrado en interés de una sola de las partes, la parte interesada respondía de la culpa grave y de la culpa leve, pero la parte no interesada, es decir, la que no obtenía del contrato ventaja alguna (por ejemplo, el depositario en el depósito gratuito, el comodante, etc.), respondía únicamente de la culpa grave.

A decir de Van Wetter,[251] la teoría descrita resulta racional. Cuando un deudor obtiene un provecho de la obligación, es conforme a la razón que el acreedor pueda contar con la diligencia de un buen padre de familia; pero si el deudor hace un puro servicio, él quiere hacer el servicio tal cual. El acreedor que recibe una liberalidad no tendría razón de quejarse de una negligencia ordinaria; todo lo que él puede razonablemente exigir del deudor, es que este se abstenga de dolo y de culpa grave.

[251] Citado por Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 135.

Sin embargo, los romanistas antiguos (desnaturalizando la teoría del Derecho Romano e interpretando sus textos caprichosamente), habían elaborado un sistema de clasificación tripartita de la culpa, es decir, un esquema conformado por tres grados: culpa grave, culpa leve y culpa levísima; esta última consistía en omitir los cuidados de un «muy buen padre de familia».

Salvat[252] describe cómo se hacía funcionar esta clasificación: a) en los contratos en los cuales el deudor no tenía interés alguno, respondía únicamente de la culpa grave; b) en los contratos celebrados en interés de las dos partes, el deudor respondía de la culpa grave y de la culpa leve; c) en los contratos celebrados en interés exclusivo del deudor, este respondía de la culpa grave, de la culpa leve y de la culpa levísima.

Magali Carnevali,[253] por su parte, anota que el legislador del antiguo Derecho Romano consideró a la culpa como una cuestión accesoria, dedicando todo su interés al daño mismo.

En efecto, al desarrollar el tema referente a la evolución histórica de la responsabilidad civil, hemos visto que con el propósito de poner fin a los conflictos suscitados por el ejercicio de la venganza, el legislador del antiguo Derecho Romano impuso una compensación, dándole mucha más importancia al perjuicio causado que a la culpa cometida, y declarando que tal daño llevaba consigo el pago de una compensación.

[252] Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General.* Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, tomo I, p. 135.

[253] Carnevali, Magali. «Elementos de la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio». En *Anuario de la Universidad Los Andes*, Número 17, Facultad de Ciencias Jurídicas, Venezuela, p. 28.

No obstante, según anotan los autores, esta forma de imponer la reparación condujo a consecuencias absurdas y pronto se comprendió que no era correcto sancionar a aquellas personas carentes de razón, sin aptitud para distinguir entre el bien y el mal, tales como los niños y los locos. Sin embargo, según viéramos con anterioridad, la ley Aquilia no exigía todavía la culpa del autor del daño, y solo era suficiente la existencia del *damnum injuria datum* (daño o perjuicio causado injustamente), el cual, a su vez, presuponía los siguientes requisitos:

(a) Que hubiera el *habeas laessu*, o sea que el daño consistiera en la destrucción total o en el deterioro material de una cosa corporal perteneciente a otro;

(b) Que el daño hubiera sido causado por la acción directa del autor;

(c) Que se tratara de un daño causado sin derecho, de donde resulta que el *damnum injuria datum* suponía la ilegitimidad del hecho, es decir, que este fuera realizado *sine iure o contra ius*; y

(d) Por último, era necesario que el daño fuera realizado por un hecho del hombre y no por una simple omisión.

Es evidente, entonces, que hubo numerosos casos de responsabilidad sin culpa, y por ello la noción de culpa se mantuvo vacilante.

La doctrina se cuestiona, por consiguiente, cómo dar explicación a la famosa frase: «*In Lege Aequilia et levissima culpa venit*» (en la ley Aquilia se responde por culpa levísima). Carnevali considera que la respuesta a esta pregunta la dan en forma muy acertada los Mazeaud cuando afirman: «En realidad es muy probable que cuando comenzó a aparecer la idea de culpa, hubo que limitarse a una culpa cualquiera, puesto que, con anterioridad no se exigía ninguna. No cabía restringir de un solo golpe los derechos de la víctima. En el origen a ella sola le pertenecía constituirse en Juez de la conducta del autor del daño; en adelante, se impone a ella un principio al menos en ciertos

casos: no hay persecución posible sin culpa. Además, no se podía exigir que la culpa cometida fuera caracterizada; había que contentarse necesariamente con negar la acción si la conducta del autor del daño era absolutamente irreprochable, si no había incurrido ni siquiera en la culpa más leve. Tan sólo muy poco a poco se fueron imponiendo mayores restricciones, al advertirse que la pena no podía existir sin una culpabilidad del agente; este último deberá haber incurrido en una culpa caracterizada».[254]

Con el transcurso de los años, la noción de culpa se desarrolló y se precisó en el Derecho Romano, hasta el punto de considerarse que el autor de un delito privado solo podía ser castigado si había incurrido en culpa, esto es, si había cometido el hecho por culpa. Esta exigencia significa un progreso importante dentro de la evolución de la responsabilidad civil, teniendo en cuenta las antiguas concepciones del derecho de venganza, imperantes en las legislaciones primitivas donde la buena o la mala fe del autor era indiferente, sin interesarse en la culpabilidad del que lesionaba. La víctima instintivamente reaccionaba contra cualquier ataque a su persona o a sus bienes, sin importarle quién le había herido, ya fuera un niño, un loco o un animal.

Este fue el sistema del Derecho Romano en torno de la culpa, y así la entendieron los glosadores y jurisconsultos de la Edad Media.

Los civilistas franceses, hasta Pothier, acogieron la teoría tripartita de la culpa, pero luego comenzaron las críticas a dicha teoría, las mismas que vinieron a impedir su consagración en el Código Napoléon. En la discusión del proyecto de Código, los tratadistas Favard y Bigot de Préameneu destacaron por sus severos cuestionamientos.

El primero afirmaba: «La obligación del deudor encargado de conservar la cosa que debe dar, no puede ser más o menos extensa,

---

[254] Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, tomo I, vol. I, p. 45.

sino relativa a lo que es materia del contrato; porque desde este aspecto, los medios de conservación varían según la naturaleza de los objetos que son confiados a sus cuidados. La responsabilidad del deudor lo obliga a toda custodia de un buen padre de familia; pero no se le puede exigir que vaya más allá dedicándole un cuidado extraordinario, a menos que haya contraído expresamente la obligación o que esta sea consecuencia necesaria de su compromiso. Pero, en ningún caso, es dispensado de prestar los cuidados que razonablemente se deben esperar de un buen padre de familia para la conservación de su propia cosa; y este principio, para el cual la ley no fija ni puede fijar gradación alguna, es la única regla que se ha debido admitir para apreciar la culpa que debe producir la responsabilidad del deudor».[255]

Bigot de Préameneu decía: «Esta división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica; no deja de ser necesario verificar respecto de cada culpa si la obligación del deudor es más o menos estricta; ¿cuál es el interés de las partes?; ¿cómo han entendido obligarse?; ¿cuáles son las circunstancias?; cuando la conciencia del juez ha sido ilustrada así, no hay necesidad de reglas generales para pronunciarse según la equidad. La teoría en que se dividen las culpas en muchas clases, sin poder determinarlas, no puede sino arrojar una falsa claridad y convertirse en materia de las más numerosas controversias. La propia equidad repugna las ideas sutiles. Por esto se ha decidido que el deudor que está obligado a velar por la conservación de la cosa, debe prestarle todos los cuidados de un buen padre de familia, sea que la convención no tenga por objeto sino la utilidad de una de las partes, sea que tenga por objeto su utilidad común».[256]

---

[255] Citado por Montoya Pérez, Guillermo. «De la culpa en el campo del acto jurídico». En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, número 94, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, p. 60.

[256] También citado por Montoya Pérez, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 60 y 61.

Ante tales oposiciones, el Código Napoléon vino a consagrar la «Teoría de la unidad de la culpa», donde se termina con la clasificación tripartita de la culpa; en adelante la culpa se reduce a la comparación entre una conducta dada (participación en el acto jurídico) y una conducta tipo (la actuación de un sujeto normal).

A entender de muchos autores, los redactores del Código Civil Francés se mantienen firmes al exigir la culpa como elemento indispensable de la responsabilidad civil, cualquiera que esta fuese. Por consiguiente, cuando el autor del daño ha observado una conducta irreprochable, no es posible, bajo ningún aspecto, obligarlo a la reparación, ya que el daño para ser resarcible debe ser resultado de una culpa, ya sea por imprudencia o por negligencia. Dicho en otros términos, es suficiente cualquier tipo de culpa, independientemente de que el sujeto haya tenido la intención de causar el daño, o no haya tenido la voluntad de producirlo. Así lo consagra el artículo 1383 del Código en referencia, cuando establece: «Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia». De la norma transcrita se desprende que la nota característica del Código Civil Francés, en esta materia, es que la responsabilidad tiene como base y fundamento la idea de culpa, y por ende, cualquier persona que pretenda obtener indemnización en virtud de haber sido lesionada por otra, deberá probar la culpa de esta última.

Asimismo, es el artículo 1137 del Código Civil Francés el que determina (al menos en opinión de una parte considerable de la doctrina) la abolición de la vieja teoría de la clasificación de la culpa en grados, al prescribir lo siguiente:

Artículo 1137.- «La obligación de velar por la conservación de la cosa, sea que la conservación no tenga por objeto sino la utilidad de una de las partes, sea que ella tenga por objeto su utilidad común,

somete a aquel que está encargado de ella aportarle todos los cuidados de un buen padre de familia.

Esta obligación es más o menos extensa relativamente a ciertos contratos, cuyos efectos, a este respecto, son explicados bajo los títulos que les conciernen».

De este numeral, según expone Busso,[257] resulta el siguiente principio fundamental: el deudor es responsable de la culpa que no cometería un buen padre de familia, es decir una persona cuidadosa y diligente. Es la culpa leve *in abstracto* del Derecho Romano.

Los sistemas modernos se limitan a fijar reglas generales, dejando librado al criterio judicial su exacta aplicación.

Así, el Código Suizo de las Obligaciones, sin definir la culpa, sienta una noción concreta: «En general, el deudor está obligado por toda culpa. Esta responsabilidad es más o menos extensa según la naturaleza particular del negocio; debe particularmente apreciarse con menor rigor cuando el negocio no está destinado a procurar una ventaja al deudor» (artículo 99). Para la casi totalidad de los autores, el referido texto es interpretado en el sentido de que no fija una pauta rígida, sino que deja librado al criterio del juez la determinación de la responsabilidad que incumbe al deudor.

En lo que respecta a las interpretaciones de los autores en relación con el Código Civil Alemán, hemos podido percibir una situación bastante particular.

Según Salvat[258] y Llambías,[259] por ejemplo, el Código Civil Alemán, continuando la tradición de las antiguas legislaciones germánicas

[257] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo II, pp. 278 y 279.
[258] Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, pp. 141 y 142.
[259] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones.* Tomo I, pp. 203 y 204.

que, a decir de dichos tratadistas, parecían no conocer la distinción de la culpa en grados ni consagraban tipo alguno de comparación, también ha adoptado un criterio práctico, estableciendo que «la negligencia consiste en no prestar los cuidados requeridos en las relaciones ordinarias». Esta fórmula, «cuidados requeridos en las relaciones ordinarias», implica, según los referidos profesores, dejar librado al criterio judicial, sin restricciones de ninguna clase, sin someterlo a tipo alguno de comparación, el punto referente a si existe o no culpa por negligencia del deudor. Así, dichos autores finalizan precisando que el Código Civil Alemán presenta un carácter más netamente práctico y objetivo.

Por su parte, para Bufnoir y Saleilles el Código Civil Alemán adopta como tipo de comparación un tipo abstracto, y no la apreciación subjetiva de los hábitos de administración personales del deudor. Según estos autores, se ha sustituido al tipo abstracto del «buen padre de familia» por uno más moderno: «hombre de negocios leal y honesto».

Pero en realidad el Código Civil Alemán no hace referencia alguna ni a «cuidados requeridos en las relaciones ordinarias», ni a «comerciante leal y honesto», puesto que las normas del citado cuerpo legislativo que tratan sobre la culpa prescriben lo siguiente:

Artículo 276.- «El deudor, en tanto no esté determinada otra cosa, ha de responder del dolo y de la culpa. Obra culposamente quien desatiende la diligencia exigible en el tráfico. Se aplican las disposiciones de los parágrafos 827 y 828.

La responsabilidad a causa de dolo no puede ser anticipadamente dispensada al deudor».

Artículo 277.- «Quien únicamente ha de responder de aquella diligencia que suele emplear en sus propios asuntos, no queda libre de responsabilidad a causa de culpa grave».

Artículo 278.- «El deudor ha de responder con el mismo alcance que en la culpa propia de la culpa de su representante legal y la de las

personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación. No se aplica la disposición del parágrafo 276, párrafo 2°».

Más allá de las interpretaciones que sobre el particular quieran dar los autores, lo cierto es que el Código Alemán cambió la noción del «buen padre de familia», por el *standard* de los «cuidados exigibles en el tráfico»; lo cual significa una complementación entre «el comerciante honesto y leal» y «los cuidados requeridos en las relaciones ordinarias», puesto que en realidad la culpa (*Fahrlässigkeit*), para los alemanes, consistiría en no poner los cuidados exigibles en las relaciones comerciales.

El Código Civil Español, por su parte, adopta un sistema híbrido que alude al patrón abstracto del buen padre de familia, y al propio tiempo al criterio concreto indicado por la peculiar naturaleza de cada obligación y por las circunstancias particulares de cada caso, a saber:

Artículo 1104.- «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

Por otro lado —en el terreno latinoamericano que, como veremos, también recibió marcada influencia de las legislaciones antes citadas—, Emiliani Román[260] señala que al deudor se le puede exigir una diligencia suma, o una diligencia mediana, o una diligencia mínima. La falta de cada una de estas diligencias a que está obligado el

[260] Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 261-264.

deudor, según los casos, engendra como consecuencia su culpa o negligencia de la cual debe responder. De ahí que el citado autor define a la culpa contractual como aquella falta de diligencia que el deudor ha debido emplear en el cumplimiento. Es, pues, una negligencia que consiste en la falta de la diligencia a que el deudor está obligado por el contrato o por la ley.

Si el deudor está obligado por el contrato o la ley a observar una diligencia suma o máxima, ello quiere decir que responderá aun de la más leve culpa o negligencia, esto es, hasta de la culpa levísima. Si solo está obligado a una diligencia mediana, responderá hasta la culpa o negligencia mediana, llamada culpa leve; y si solo debe guardar una diligencia mínima, no responde sino de una culpa o negligencia grave, es decir, de la culpa grave, denominada tradicionalmente lata, y no compromete su responsabilidad por culpa o negligencia menores, como son la leve y la levísima.

Expresa Emiliani Román que nace a través de esta gradación racional, la llamada tradicionalmente clasificación tripartita de las culpas contractuales, contempladas y definidas en el artículo 63 del Código Civil Colombiano.[261]

Conforme a lo antes mencionado, don Andrés Bello (que como se sabe fue el autor indirecto del Código Civil Colombiano, al elaborar el Proyecto de Código que luego adoptara Chile y posteriormente Colombia), configuró tres tipos abstractos de personas para medir la diligencia a que está obligado el deudor según los casos, y deducir la responsabilidad consiguiente: el tipo del hombre juicioso en la administración de sus negocios importantes, que representa la esmerada o

[261] La doctrina colombiana destaca que en la práctica, lo que suele pactarse no es con referencia directa a la diligencia, sino a la culpa, esto es, que se dirá que el deudor ha de responder hasta por la determinada culpa a que se obliga.

suma diligencia, y cuya infracción constituye como consecuencia la culpa levísima; el tipo del hombre común en la administración ordinaria de sus propios negocios, que encarna la diligencia o cuidado ordinario o mediano, el cual equipara al buen padre de familia, y cuya infracción configura la culpa leve; y el del hombre negligente o de poca prudencia también en sus propios negocios, que personifica la mínima diligencia exigible a una persona, cuya infracción conforma la culpa lata o grave, tan grave o lata que en materias civiles la equipara al dolo.

Nótese de este recuento, que la culpa ha sido ligada a conceptos como el *bonus pater familias* o *diligens pater familias* del Derecho Romano, del cual derivó el del «muy buen padre de familia», según errónea interpretación o defectuoso entendimiento de los autores del medioevo.

Pero veamos cuál es el alcance de estos conceptos.

El buen padre de familia no es, como algunos dicen, una ficción jurídica; por el contrario, es una figura histórica de la Roma antigua. Era el ciudadano romano perfecto y el genuino representante de la sociedad. Era el jefe de la hacienda que con la conciencia de su propia responsabilidad, atendía a la administración de la familia y de la casa. Era el hombre que ofrecía el máximo de seguridad y garantía, prototipo de equilibrio y sentido práctico de la vida.

Tal fue su importancia, que su significación —si bien ligada a las valoraciones de cada época y lugar— sirvió de medida y modelo para estructurar la conducta tipo del hombre inteligente, prudente y juicioso.

En ese sentido, cuando se equipara o define la culpa como la omisión de los cuidados de un buen padre de familia, ello significa que con dicha expresión se inspira establecer el límite de la responsabilidad, la medida de la culpa.

Ahora bien, cuando los glosadores y jurisconsultos determinaron un tercer grado de culpa, la culpa levísima, que consistía en omitir los cuidados de un «muy buen padre de familia», pretendieron únicamente ponerle énfasis a la acepción del *bonus pater familias*, «hasta el grado superlativo de significación», que en realidad, como hemos visto, solo sirvió para desfigurar e interpretar antojadizamente la clásica concepción del Derecho Romano e inventar una «figura tipo» para los contratos celebrados en interés exclusivo del deudor.

En lo que respecta a nuestra legislación, el Código Civil de 1936 abolió el sistema de la clasificación de la culpa que consagraba el Código Civil de 1852. El Código de 1936 admitía, sin embargo, la culpa grave —denominándola culpa inexcusable— al prohibir la renuncia de la acción por la responsabilidad en que podía incurrir el deudor por esa causa (artículo 1321). Y también admitía la culpa *in concreto*, tal como antes lo señalamos, al consignar, como una de las obligaciones del depositario, la de «cuidar de la cosa depositada como propia» (artículo 1609, inciso 1, del Código Civil).

La legislación peruana de 1936 tampoco seguía el sistema francés del tipo abstracto de comparación, del «buen padre de familia». El artículo 1322 de ese Código disponía que «la culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

La regla estaba plenamente justificada. En esta materia las situaciones de hecho son siempre distintas y ello origina una singular dificultad para apreciar, de acuerdo con una idea abstracta, la figura del «buen padre de familia». «Lo que realmente se debe apreciar y juzgar, es la conducta de determinado deudor y no el proceder de cualquier sujeto del género humano».[262]

---

[262] Galli, Enrique V., nota a la obra citada de Salvat, Raymundo M., tomo I, n.° 130, p. 140.

El Código Civil de 1984 reproduce, en el artículo 1320, la misma doctrina que el artículo 1322 del Código Civil de 1936, al estatuir que «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

El actual Código también acoge, como se ha expresado, la diferencia entre la culpa inexcusable y la culpa leve, no solo para los efectos de la cláusula de no responsabilidad, sino para la determinación de los daños y perjuicios.

Lo que el Código de 1984 no admite, lo reiteramos, es una norma similar a la del artículo 1609, inciso 1, del Código Civil de 1936, que se encontraba incorporada al contrato de depósito. El precepto del Código Civil de 1984, consignado en el artículo 1819, exige al depositario «poner en la custodia y conservación del bien, bajo responsabilidad, la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Se ha abandonado pues el concepto romano de la «culpa leve *in concreto*», para ingresar en el moderno concepto de que el juez, apreciando la naturaleza y circunstancias de la relación obligacional, sea quien determine si el deudor ha procedido o no con la diligencia debida.

Entonces resulta prudente que el concepto de culpa no se atenga a principios rígidos: ni a la clasificación en grados, ni al tipo abstracto de comparación.

En nuestro sistema la diligencia es el común denominador. Y, para saber si ella se empleó, deben apreciarse la «naturaleza de la obligación» y «las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Teóricamente la distinción entre los sistemas del Código Napoléon y del Código Civil Peruano es nítida, pero en su aplicación práctica esa diferencia es con frecuencia irrelevante.

Es difícil pensar que un juez prudente cree en el sistema francés la figura inmutable y, por tanto, aplicable a todos, del «buen padre de familia». Creará un tipo abstracto, a no dudarlo, pero vinculado a la forma como habría procedido concretamente ante esa obligación, de acuerdo con su rango social, económico e intelectual; de acuerdo con el tiempo; de acuerdo con el lugar; de acuerdo, en fin, con la naturaleza de la obligación.

¿Y acaso no proceden los jueces en nuestro sistema de igual manera? Porque para saber si el deudor incurrió o no en culpa, el juez, necesariamente, comparará el caso concreto con la manera como hubiera procedido el común de las gentes, creando, aunque sea sin quererlo, un tipo ideal o abstracto.

El juez, en síntesis, compara siempre la forma como ha procedido el deudor con la forma como hubiera procedido un hombre normal, usando, para ello, su propia experiencia.

Podemos preguntarnos, por eso, si no hemos llegado, sin quererlo, al *bonus et diligens pater familias* del Derecho Romano.

Conviene ahora ahondar en las posiciones doctrinarias y legislativas en torno al concepto mismo de la culpa y sus principales características.

En sentido amplio, se entiende por culpa toda falta (voluntaria o no) que causa un mal o un daño; es decir, causa humana de uno u otro.

Guillermo Cabanellas[263] puntualiza que en una primera selección de responsabilidad, se separa de ello todo cuanto no obedece a malicia o a descuido; o sea, lo imprevisible, o al menos inevitable, que

[263] Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Op. cit.*, tomo II, p. 440.

proviene del caso fortuito y de la fuerza mayor, excluyentes de la culpa, salvo precepto excepcional.

En una nueva depuración —continúa Cabanellas—, culpa es el proceder con omisión de la diligencia exigible, o negligencia.

La culpa —según Enneccerus—[264] es la omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuya aplicación podría haberse evitado un resultado contrario a derecho que no ha sido querido.

Para Albaladejo,[265] hay culpa cuando sin intención deliberada de transgredir la obligación, el deudor infringe esta por falta de diligencia. Puede consistir tanto en hacer, como en omitir lo que, si se hubiese sido diligente, se debió hacer.

Similar parecer expone Jorge Eugenio Castañeda[266] cuando apunta que la culpa consiste en la falta de diligencia que denota una persona en el cumplimiento de la obligación o en la ejecución de un hecho. De esta definición resulta que la culpa puede ser contractual o extracontractual. Esta última recibe también el nombre de culpa aquiliana.

La culpa resulta de la imprudencia, de la torpeza, de la negligencia del deudor. Por las mismas, no cumple con sus obligaciones.

La culpa contractual es más complicada que la culpa aquiliana. Esta última cuenta con reglas que acusan más fijeza.

En la culpa —agrega el citado profesor peruano—, no existe intención; el incumplimiento de la obligación no obedece a un móvil consciente y deliberado del deudor. La culpa no solo importa omi-

[264] Citado por Bonet Ramón, Francisco. *Op. cit.*, tomo I, p. 742.
[265] Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, p. 172.
[266] Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo II, pp. 66 y 71.

sión, como establece el precepto legal; ella también puede producirse por acción.

Dentro de la teoría de la causalidad deberá considerarse como causa la no realización de un acto cuya ejecución habría impedido, con seguridad, un daño; pero es evidente que deberá existir un deber jurídico de obrar. Así, por ejemplo, si el arrendatario omitiere dar aviso al locador de cualesquiera usurpación o imposición de servidumbre que se hiciere sobre el fundo locado, violaría un deber de hacer (artículo 1517, inciso 3, del Código Civil Peruano de 1936).

Tratándose del deudor culposo debe expresarse que este no quizo conscientemente dejar de cumplir la prestación, sino que no previó cuando pudo (no cuando debió) que con lo que hacía o dejaba de hacer se produciría el incumplimiento.

La culpa puede presentarse, actualmente, en todas las obligaciones, sin tener en cuenta matices especiales. Se responde por la culpa levísima como por la lata.

Los jueces pueden moderar, pero nunca excluir, la responsabilidad por culpa atendiendo a las circunstancias. Evidentemente, habrán de ponderar la intensidad de la culpa, pero esta moderación es judicial y se hará *a posteriori*, sin que la ley nada diga.

Según se sostiene en doctrina, la culpa es un tipo de imputabilidad que se caracteriza por dos elementos, ambos de contenido negativo:

(a) En primer lugar, aparece en la actividad del agente una omisión de diligencias apropiadas.

(b) En segundo lugar, se tipifica esta conducta por la ausencia de mala fe o mala voluntad. El deudor no se ha propuesto incumplir la obligación y si ha llegado a ello no ha mediado malicia de su parte. Es justo, pues, que esto se compute a su favor para merecerle un tratamiento más benigno o menos desfavorable

que si hubiese obrado a designio el incumplimiento de la obligación.

Es de advertir que si el primer elemento de la culpa es el que da lugar a la responsabilidad del deudor, el segundo elemento permite ubicar esa responsabilidad en un grado relativamente benigno. El primer elemento de la culpa funciona contra el deudor y el segundo elemento, habida cuenta del primero, a su favor. El primero origina la responsabilidad del deudor, el segundo la limita a una cuantía definida.

Para Demogue, la culpa exige de dos requisitos: uno objetivo (un atentado contra el derecho) y el otro subjetivo (el hecho de haber advertido o haber podido advertir que se atentaba contra el derecho ajeno).

Según algunos autores, la idea de culpa está íntimamente ligada a la noción de cuasidelito.[267]

La culpa es considerada como un estado intermedio entre el dolo y el caso fortuito o fuerza mayor. Despojada de toda intención tendiente a ocasionar un perjuicio, aunque no extraña a la actividad del agente, se la puede definir también como la violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad, pero sin malicia, por alguna causa que puede y debe evitarse.

[267] La distinción entre delito y cuasidelito radica en la intencionalidad, a saber: delito es el hecho ilícito, cometido con intención de dañar, que infiere injuria o daño a otra persona; y cuasidelito es el hecho ilícito culpable, pero cometido sin intención de dañar, que ocasiona injuria o daño a otra persona.
Se destaca que ambos tienen un punto de contacto: la voluntad del autor y lo perjudicial de sus consecuencias; a la par que una diferencia esencial, pues mientras los delitos son reprobados expresamente por la ley y queridos por su autor, los cuasidelitos, por lo común, surgen de una acción lícita en principio, pero ilícita en sus secuelas, por cuanto, aunque estas no son queridas, tampoco son evitadas por el agente, no obstante estar en sus manos el poder hacerlo, obrando con mayor diligencia.

Se afirma que la culpa es susceptible de surgir en dos circunstancias dispares: independientemente de toda convención, o mediando una relación obligacional previa. En el primer caso se está en presencia de la llamada culpa aquiliana o extracontractual; en el segundo, de la contractual.

Esta «concepción dualista» de la culpa es la visión clásica, y, según Llambías,[268] ella supone que la culpa contractual implica una obligación preexistente que dicha culpa infringiría, en tanto que la culpa delictual supondría la ausencia de una obligación preexistente entre las partes y tendría como resultado crearla.

Para la «concepción unitaria», por el contrario, la culpa es una idea unívoca que se aplica con el mismo sentido en el ámbito de los contratos o de los hechos ilícitos: siempre supone la violación de una obligación preexistente, que será la concreta y precisa definida por el contrato o la genérica de obrar con diligencia y prudencia que contempla y sanciona la ley.

Así, Planiol y Ripert,[269] quienes especialmente sostienen esta postura unitaria, indican que la culpa es el incumplimiento de una obligación preexistente, cuya reparación es ordenada por la ley cuando causa un perjuicio a otra persona. Por tanto, la idea de culpa considerada en sí misma es sencillísima, y está en relación directa con la idea de obligación; nadie puede incurrir en culpa, sin haber estado obligado antes del acto que se le imputa.[270]

[268] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 190.

[269] Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Las Obligaciones, Primera y Segunda Parte*. Traducción española del Doctor Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de la Habana, Cuba. Habana: Cultural S.A., 1945, tomo IV, p. 526.

[270] Asimismo, señalan Planiol y Ripert que para saber qué es la culpa, puede emplearse el método experimental. Agregan que los cien años transcurridos desde la promulgación del Código Francés hasta el tiempo en que ellos escribieron su famoso tratado, pro-

Dentro de esta línea de pensamiento se ubica Josserand,[271] cuando define la culpa como la lesión a un derecho, sin poder invocar un derecho más fuerte.

Igualmente, debe agregarse la teoría expuesta por Savatier,[272] quien define la culpa como la violación de un deber, sea un deber legal preciso, sea un deber moral caracterizado, sea el deber general de no dañar a tercero.

Pero si la idea de incumplimiento a un deber legal preciso es clara —agrega Savatier—, no acontece lo mismo respecto a las otras dos: ¿cuándo hay un deber moral caracterizado?, ¿cuáles son los límites del

porcionan una abundante jurisprudencia, en la cual se presenta la culpa en muy diversas formas. El estudio comparativo de las sentencias despierta siempre ideas que la reflexión abstracta nunca hubiera sugerido. En esta forma, al analizar las numerosas sentencias, clasificadas metódicamente en los grandes *Repertoires*, se advierte que si la culpa es necesariamente la violación de una regla, esta a veces es de orden jurídico y a veces de orden práctico. En ese sentido, los citados autores se cuestionan: ¿comprobaremos en esta forma un nuevo dualismo en las culpas, siendo unas actos ilícitos, es decir culpas contra la legalidad, y las otras actos de inexperiencia, es decir, culpas contra la habilidad? Ellos no lo creen así. Las reglas de práctica, cuya inobservancia constituye una torpeza, en sí mismas únicamente son métodos y no leyes; al desconocerlas, se corre únicamente el peligro de fracasar; el resultado será un fracaso o una desgracia provocada. En consecuencia, se preguntan ¿de dónde puede nacer la responsabilidad a favor de terceros, cuando la culpa ha causado algún daño, si no es de una obligación propiamente dicha, que —por decirlo así— consagre y sancione esas reglas? La responsabilidad por culpa supone no solo la existencia de reglas prácticas, simples métodos de acción, cuya violación produce fracasos y desgracias, sino también la existencia de una regla legal, de una verdadera obligación que ordene su observancia y que mande obrar a los hombres con destreza en su mutuo interés. Solo con esta condición el acto de impericia puede originar una acción judicial tendiente a la reparación del perjuicio causado. Y no es esta una vana suposición: la ley nos prohíbe, realmente, ser torpes, como nos prohíbe ser deshonestos; ninguna legislación ha podido repudiar la herencia de la ley Aquilia que, históricamente, es la fuente de esta obligación general. (Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 527 y 528).

[271] Citado por Marty, G. *Op. cit.*, Vol. I, p. 301.

[272] Citado por *Ibidem*, pp. 301 y 302.

deber general de no dañar a tercero? Si se entendiera este deber en un sentido absoluto, llegaríamos a la teoría del riesgo, porque habría culpa siempre que se causara un perjuicio a tercero.

Para atenuar su teoría, Savatier introduce en la culpa otro elemento, la imputabilidad, que define como la posibilidad de prever el acto ilícito y de evitarlo, refiriéndose a las facultades de un hombre normal. Con esto, en una forma discutible y muy particular, se inclina hacia la teoría que parece preferible.

La opinión de Llambías[273] sobre el particular tiende a una vía media: la culpa es una noción unívoca que el Derecho trata diversamente a través de dos diferentes regímenes de responsabilidad, según que esa culpa sea considerada en la inejecución de los contratos o en la comisión de hechos ilícitos. Hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa.

Llambías dice que la noción de culpa es una sola porque siempre, en sí misma, consiste en un error de conducta, en un comportamiento reprochable, pero exento de malicia. Si se suscita el reproche es porque se debieron adoptar las previsiones, los cuidados, las precauciones, para evitar el daño ajeno, sea el daño al acreedor proveniente del incumplimiento de la deuda, sea el daño provocado a un extraño. Pero falta la mala intención en el agente, pues el deudor habría querido satisfacer la prestación debida y el autor del hecho ilícito habría querido evitar el perjuicio del damnificado. He aquí las dos características esenciales de la culpa, según Jorge Joaquín Llambías.

Con todo —agrega Llambías—, la ley somete esa misma conducta deficiente a un tratamiento distinto, según que sea obrada en conexión con la ejecución de una determinada obligación *stricto sensu* o

[273] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 191 y 192.

que sea realizada en trasgresión del deber genérico que pesa sobre todo hombre de no dañar a otro (*alterum non laedere*). En el primer supuesto, se está en presencia del régimen de la responsabilidad contractual. La segunda hipótesis cae en el régimen de responsabilidad extracontractual o aquiliana. Son dos especies de responsabilidad que se originan en una conducta sustancialmente idéntica (culpa). La razón de esta diversidad de tratamiento jurídico aparece cuando se examinan los puntos de divergencia entre ambos regímenes.

Ahora bien, ahondando aun más en el concepto de culpa, podríamos agregar que —*lato sensu*— la culpa se caracteriza por implicar una actitud contraria a la ley, causar o ser capaz de causar un daño y que resulta imputable al autor como consecuencia de su libre determinación. *Stricto sensu*, en cambio, además de dichos requisitos, el acto culpable tiene su origen en la impericia, negligencia o imprudencia de quien lo comete, con abstracción de cualquier querer doloso. El concepto gira, por eso, en torno a la idea de previsibilidad.

Más aun, la culpa comprende —sea considerada en su alcance amplio o en el restringido— la voluntariedad de la acción, sin la cual no puede exteriorizarse.

Sobre el particular, Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana[274] comentan que el responsable lo será en cuanto pueda suscitarse a su respecto una idea de reproche, de censura, que se formula sobre su comportamiento, y que justifique que se le imponga una sanción.

Anotan los citados profesores que la imputación moral en razón de la culpabilidad exige una penetración anímica del sujeto, y conduce al examen de lo interno del obrar. De ahí que se destaca que la

[274] Alterini, Atilio Aníbal y Roberto M. López Cabana. *Responsabilidad Civil.* Buenos Aires: Biblioteca Jurídica DIKE, 1995, pp. 156 y 157.

culpa presupone que el agente con sus capacidades individuales hubiera podido actuar de otro modo.

En suma, podríamos señalar que culpa es la infracción de la ley que uno comete sin dolo ni malicia, por alguna causa que puede y debe evitar. Es toda conducta contraria a la que debiera haberse observado. Dicha acción u omisión perjudicial para otro, en que uno incurre, puede devenir tanto por imprudencia, negligencia o impericia; figuras que para la doctrina, enmarcan las formas de culpa.

Según un aforismo latino: *Imperitia culpae adnumerantur* (la impericia se considera como culpa). Se entiende por impericia a la falta de conocimiento o de práctica que cabe exigir en una profesión, arte u oficio; de ahí que resultan sinónimos de ella la torpeza y la inexperiencia.

El inexperto confía «osadamente» en llegar a ejecutar bien el objeto de su obligación o bien a realizar la actividad en que está empeñado, no obstante la deficiencia de su capacidad.

La imprudencia, en cambio, tiene su esfera en toda conducta humana y aparece como un desafío de las desgracias o infortunios, en principio superfluos y casi siempre evitables; de ahí que tenga como sinónimos a la «falta de prudencia o precaución».

Se ha anotado que la imprudencia implica una deformación voluntaria de los móviles que llevan a actuar a la persona de una u otra manera, en cuya escala de valores la buena suerte cumple un papel preponderante y exagerado. Así, si tenemos en cuenta las etapas del actuar humano, podría decirse que el imprudente tiene conciencia de lo que hace, pero no actúa con intención de infringir la ley o el contrato: no quiere obrar ilícitamente, confía en tener la buena suerte de evitar la infracción.

Asimismo, está el concepto de negligencia, que forma parte de la culpa, entendida como la omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas, en el manejo o custodia de las cosas y en el cumplimiento de los deberes y misiones; de ahí que tenga como sinónimos a las siguientes expresiones: dejadez, abandono, desidia, falta de aplicación, defecto de atención, olvido de órdenes o precauciones, ejecución imperfecta contra la posibilidad de obrar mejor, entre otros.

Obra negligentemente quien debiendo saberlo ignora cuál es la medida exacta de su capacidad para ejecutar aquel acto o realizar otro, creyéndose más experto de lo que es en realidad.

Sobre el particular, Von Thur[275] sostiene que la culpa consiste en no poner la diligencia necesaria en las relaciones sociales. Puede consistir —agrega— en actos imprudentes o en la omisión de providencias que el agente se hallaba obligado a tomar *(negligentia)*. Hay en esta hipótesis, una proyección de la voluntad que, partiendo del acto, se dirige oblicuamente sobre el resultado. Es decir, que se obtiene un resultado no querido al lado de otro resultado que sí era deseado y perseguido. O, en otra posibilidad de la hipótesis, se obtiene un resultado no querido por ausencia de querer especial para impedirlo. En ambos extremos de la hipótesis la voluntad actúa en forma oblicua.

Enneccerus,[276] por su parte, distingue dos casos de conducta negligente.

El primero es aquel en que conociendo la posibilidad de que una manera de actuar tendrá un resultado contrario a derecho, el agente

[275] Citado por Alvarado Sánchez, Javier. *Op. cit.*, p. 357.
[276] Citado por *ibidem*, pp. 358 y 359.

acalla esta preocupación y omite la previsión exigible en el tráfico, confiando irresponsablemente en que tal resultado no se produzca en su caso. Para Enneccerus esa es «negligencia consciente» y la refiere a la significativa expresión romana *luxuria*. Es decir, el acto de cuyas consecuencias se hace caso omiso porque solo interesa su provechosa o placentera realización.

Hay en este supuesto conciencia del peligro en el agente; pero, al mismo tiempo, hay cierta caprichosa y frívola confianza en que, como secuela indeseada del acto deseado, no sobrevenga ese resultado. Existe caprichosa despreocupación, pero no malicia. Por ser ostensiblemente relacionado al acto, aquel posible resultado es previsible, pero no es especialmente buscado. Se persigue, sin embargo, aquel que casi de modo inevitable acarreará ese resultado previsible y no querido. La conducta puede ser calificada en esta hipótesis como caprichosa y frívola irresponsabilidad.

Hay otro caso de conducta negligente señalado por Enneccerus, y es aquel en que, ignorándose la posibilidad del resultado contrario a derecho, podría, no obstante, haberse evitado observando simplemente la diligencia exigible en el tráfico humano. Esto es lo que con más propiedad se llama negligencia.

Ahora bien, cabe anotar que solo las personas pueden ser culpables o no serlo, pues únicamente ellas tienen voluntad o actividad consciente, elemento imprescindible de la culpa.

Pero, el hecho de que ni las personas abstractas ni los animales ni las cosas constituyan sujetos activos de culpabilidad, no excluye la existencia de «responsabilidad derivada» en relación con los administradores de las primeras, o a los dueños o cuidadores de aquellos y de estas.

Conviene, antes de ingresar a detallar los grados o clases de culpa, precisar ciertos criterios en cuanto a la unidad o pluralidad de la culpa.

Dicha cuestión es debatida en doctrina desde dos puntos de vista, a saber:

(a) Cometen culpa las partes con motivo del incumplimiento de un contrato, por negligencia, imprudencia, imprevisión; o cuando se viola un derecho ajeno, cometido por negligencia del agente, fuera de toda relación contractual y que trae como consecuencia para el mismo, la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado. De ahí la distinción entre culpa contractual y culpa extracontractual.

(b) La culpa condicionada por la diferencia técnica entre los Derechos Civil y Penal. De ahí la distinción entre culpa civil y culpa penal.

15.2.2.1. Culpa contractual y culpa extracontractual

Dentro de esta concepción, también existe la discrepancia entre considerar la unidad o la dualidad del concepto de culpa, según adelantáramos cierto parecer en líneas precedentes.

Conforme a un primer postulado, debe considerarse dos clases de culpa: la contractual y la extracontractual.

Cazeaux y Trigo Represas[277] exponen los argumentos sostenidos por los partidarios de esta posición:

(a) En la culpa contractual la conducta reprochable del obligado significa la violación de una obligación preexistente. La culpa es uno de los elementos del deber de indemnizar, precisamente el que torna imputable la inejecución. En la culpa extracontractual no hay una obligación preexistente: la culpa es la

[277] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 153-155.

fuente de la obligación de resarcir. A raíz de la conducta culposa del agente es que nace la obligación.

(b) La culpa contractual se presume y no necesita ser probada por el acreedor. El propio incumplimiento del contrato hace presumirla. La culpa extracontractual no se presume y debe ser probada por el acreedor.

(c) El carácter de la indemnización, en la culpa contractual, es resarcitorio, en tanto que en la culpa extracontractual es sancionatorio.

(d) En las obligaciones contractuales es necesaria la constitución en mora del deudor, para que la reparación sea procedente; mientras que en la extracontractual, en cambio, el deber de indemnizar surge por la fuerza misma del hecho culposo, sin necesidad de interpelación alguna; y esta diferencia se derivaría de la propia naturaleza de la obligación violada, pues en lo contractual la demora se supone tolerada en tanto no medie requerimiento, pero cuando se trata de un deber legal no hay razones para presumir que la inactividad del damnificado obedezca a tolerancia.

(e) La competencia de los jueces varía según que se trate del incumplimiento de un contrato o de la comisión de un hecho ilícito.

(f) La responsabilidad aquiliana es más amplia que la contractual.

(g) La extensión del resarcimiento es también distinta: en la culpa contractual se indemnizan nada más que las consecuencias inmediatas y necesarias, en tanto que en la culpa extracontractual se indemnizan las consecuencias inmediatas así como las consecuencias mediatas previsibles.

(h) Hay diferencias en cuanto a la prescripción.

Propugnan la posición dualista de la culpa, autores como Aubry y Rau, Demolombe, Laurent, Baudry-Lacantinerie y Barde, Huc, Saintelectte, Colin y Capitant, Josserand y De Gásperi, entre otros.

Sin embargo, refiere la doctrina que a fines del siglo XIX, en Francia, A. F. Lefevre insinuó una teoría que postulaba el concepto de la unidad de la culpa, de la que se hizo calificado intérprete Marcel Planiol, según quien, la teoría de la pluralidad de la culpa carece de base y parte de una apreciación ilusoria. El concepto de culpa es uno y teóricamente significa el incumplimiento de una obligación preexistente, con la consiguiente responsabilidad.

En realidad, tal y como anota la doctrina, ambas posiciones se configuran tanto en la culpa contractual como en la extracontractual; tanto en una como en otra hay incumplimiento de una obligación preexistente, nada más que en un caso se trata de una obligación contractual y en el otro de un deber legal; pero en los dos casos existe el deber de resarcir. Se dice, lo cual es cierto, que las diferencias que puedan darse en el régimen jurídico de una y otra no basta para cambiar su naturaleza. Se trata simplemente de variantes en las apreciaciones prácticas, perfectamente posibles en un instituto sin que por ello se fraccione su esencia misma.

Cazeaux y Trigo Represas[278] exponen, en líneas generales, los argumentos que se esgrimen para responder a los sostenedores de la teoría de la pluralidad:

(a) No es exacto que una culpa (la contractual) sea un elemento configurativo del incumplimiento imputable y la otra (la extracontractual) sea la fuente de la obligación resarcitoria: ambas son fuente y elemento de la imputabilidad, a la vez. Ambas suponen la preexistencia de una obligación anterior: contractual en un caso, legal en el otro; y ambas son elementos configurativos de la inejecución y producen como efecto la responsabilidad por el daño causado. Acotan los citados profesores que, en efecto, todo hecho que produce la violación de un deber (jurídico), ya tenga su razón de ser en la voluntad, ya en la ley, es un hecho ilícito; y esto es así por cuanto el contrato, al igual que la ley, es un acto productor de derechos que ha de ser referido a la unidad del ordenamiento jurídico. La ley y el contrato son solo momentos, gradaciones en la creación normativa del derecho, y ambos —en definitiva—, actos del Estado; no existiendo por lo tanto una verdadera antítesis entre la ley (concebida como norma general) y el contrato (como norma individualizada), ya que la diferencia residiría en el grado de producción y no en su naturaleza.

[278] *Ibidem*, pp. 156-158.

(b) En cuanto al sistema probatorio, en las obligaciones contractuales no es necesario probar la culpa del deudor cuando se trata de obligaciones que consisten en un hecho positivo (sea dar o hacer). Basta entonces con demostrar la existencia de la obligación y al deudor le incumbirá probar su cumplimiento o justificar el incumplimiento. En cambio, cuando se trata de una obligación contractual que consiste en un hecho negativo, en una abstención, al acreedor le corresponde probar que el deudor ha violado la abstención debida. Se trata simplemente del juego de las leyes de la prueba. Lo mismo ocurre en las obligaciones extracontractuales, con la diferencia de que como la mayor parte de estas consisten en abstenciones, que debe cumplir el agente, al acreedor incumbe probar entonces que el obligado no ha cumplido con el deber legal de abstenerse de cometer el acto ilícito. Y mucho más completa para aclarar el punto, resulta la distinción —por nosotros combatida— entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado: si el

deudor promete un resultado, la prueba del incumplimiento de la obligación surge de no haberse realizado el acto prometido, de no haberse obtenido el resultado previsto; mientras que si solo se ha prometido conducirse con prudencia y diligencia en un sentido dado, para acreditar el incumplimiento no basta ya probar la no obtención del resultado, sino que se deberá además acreditar que ello obedeció a culpa del deudor, quien no se condujo con la mesura y diligencia debida, pudiendo existir obligaciones y deberes jurídicos de medios y de resultados, tanto de origen contractual como extracontractual.

(c) En cuanto a la diferencia de carácter indemnizatorio (resarcitorio y/o sancionatorio), el profesor Alfredo Colmo es quien rechaza el argumento y sostiene enérgicamente que en el Derecho Civil no se trata de sanciones penales, sino del resarcimiento de daños; el concepto de pena es ajeno al Derecho Civil, hasta por definición.

(d) Respecto de la distinción dada por la constitución en mora, se argumenta que esta tampoco es en definitiva tal. Se afirma que en la mayoría de obligaciones de no hacer el deudor incurre en mora desde el momento mismo en que ejecuta el hecho de que debía abstenerse y sin necesidad de interpelación. La responsabilidad nace con el incumplimiento del deber, que torna de por sí innecesaria la interpelación.

(e) No es tampoco exacto, se dice, que la competencia varíe según la materia contractual o extracontractual de la responsabilidad, ya que —en efecto— el lugar donde se comete el hecho ilícito es el sitio en el cual el deudor u obligado no cumplió el deber legal que da nacimiento a su obligación de reparar el daño causado, o sea que tanto en este caso como en el de la responsabilidad por incumplimiento de contrato, la regla general sobre competencia es la misma: debe conocer el juez del lugar en que la obligación debió cumplirse.

(f) En cuanto a la capacidad, se ha observado que cuando se habla de capacidad contractual y delictual se alude a dos supuestos diversos: la primera se refiere a la formación o nacimiento de la norma contractual, mientras que la segunda presupone la existencia de una norma obligatoria, que impone un deber jurídico, y nada tiene que ver con su creación. Como se ha dicho en términos muy expresivos, la capacidad contractual versa sobre la creación de la norma y la delictual sobre su violación.

(g) El distinto rigor en el resarcimiento, en modo alguno basta para escindir el concepto de culpa. Hay tan solo una diferencia puramente modal. Lo mismo cabe decir en cuanto a las otras variantes accesorias que se suelen señalar.

Siguen esta tendencia Lafaille, Colmo, Salas, Orgaz, Morello, Mosset Iturraspe, Carreras, Busso, Gutiérrez, González, Peirano Facio, Pérez Vives, entre otros.

Julien Bonnecase[279] ha creido posible conciliar ambas posiciones doctrinarias argumentando que la teoría de la unidad de la culpa es exacta si se la juzga teóricamente, en abstracto en su aspecto formal, o sea como la violación de una obligación y su consecuente responsabilidad. En cambio la teoría de la pluralidad es acertada si se la juzga en sus aplicaciones concretas, pues es indudable que a la culpa contractual y a la extracontractual se les da diferente tratamiento legislativo. Esta opinión es compartida por Salvat, Llambías y Acuña Anzorena. Afirma este último que esta posición intermedia es la de la

[279] Citado por Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 158.

mayoría de los autores modernos: «no habría científicamente dos culpas sino dos regímenes de responsabilidad».

15.2.2.2. Culpa civil y culpa penal

Según una corriente doctrinaria, se trata de dos conceptos distintos. Las principales diferencias serían las siguientes: a) para determinar la culpa civil, el problema debe ser juzgado a la luz de la previsibilidad de la consecuencia dañosa; en cambio, en la culpa penal el agente es culpable criminalmente; b) en el Derecho Penal solo se sanciona la culpa en casos excepcionales; en Derecho Civil toda culpa es ilícita y, más aun, existe culpa presumida por la ley, concepto que el Derecho Penal ignora. Todavía debe agregarse que en materia civil hay supuestos de responsabilidad sin culpa, lo que también es inconciliable con el Derecho Penal.

Marty[280] señala que el Derecho Penal reprime algunas culpas especialmente definidas, que provocan ciertos daños determinados. El Derecho Civil obliga a reparar todos los daños causados por cualquier culpa.

De esta manera —opina Marty—, es evidente que toda infracción penal intencional, que haya causado un daño a un particular, es, al mismo tiempo, una culpa civil delictuosa.

Asimismo, toda infracción penal no intencional, todo delito de imprudencia, que haya tenido consecuencias perjudiciales para uno, es una culpa cuasidelictuosa civil.

Pero —destaca el citado autor—, la culpa delictuosa o cuasidelictuosa del Derecho Civil comprende, además, muchas otras categorías de actos perjudiciales. Por tanto, hay numerosas culpas civiles que no son culpas penales.

[280] Marty, G. *Op. cit.*, vol. I, pp. 321 y 322.

Según otra corriente, se trata de un concepto unitario, presentándolo como un concepto jurídico común, en una y otra jurisdicción. La pretensión de distinguir entre culpa civil y culpa penal, está llena de dificultades y de zonas borrosas.

Lo que resulta claro para la doctrina, es que tanto para el Derecho Civil como para el Penal, la culpa consiste en la omisión de las diligencias que correspondieren según las circunstancias de tiempo, lugar y medio. La legislación civil y la penal crean situaciones contra la imprudencia, la desatención, la torpeza, la negligencia. El hecho generador de la responsabilidad es el mismo. No hay pues diferencia de naturaleza entre la culpa civil y la penal.

En ese orden de ideas, Borda[281] expone que no es fácil inclinarse por una u otra doctrina, pues las dos tienen sólidos fundamentos. Quizás —sostiene el citado profesor argentino—, ello explique la divergencia, al parecer irreductible, entre los sostenedores de ambas tesis. Pero de cualquier modo —a decir del propio Borda—, hay que admitir estas conclusiones, que algunas diferencias marcan entre la culpa civil y la penal: a) la absolución del imputado en el juicio criminal que se le sigue con motivo de un hecho (por ejemplo, homicidio por imprudencia), no impide su condena en el juicio civil por reparación de daños. La solución se impone —agrega Borda—, porque los jueces penales son más severos que los jueces civiles en la apreciación de la prueba rendida para demostrar la culpabilidad del imputado (puesto que se trata de imponerle una condena criminal), ya que ante los jueces civiles se ventila solo una cuestión de pesos. Mientras la principal preocupación de los primeros es no condenar a un posible inocente, la de los segundos es no dejar sin reparación a quien ha sufrido un daño injusto; b) por iguales motivos, cierto tipo de culpa

[281] Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones.* Octava Edición Actualizada. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1986, pp. 450 y 451.

leve no es considerada suficiente por el juez penal para fundar una condena, en tanto que sí lo es por el juez civil para hacer lugar a una acción por reparación de daños. Así, por ejemplo, en materia de accidentes de tránsito, los tribunales han declarado reiteradamente que hay que afinar el concepto de culpa, es decir, que aun la más leve debe considerarse suficiente como para imponer la responsabilidad: lo que, desde luego, no se aplica en el ámbito penal; c) la culpa *in eligendo* o *in vigilando* no se concibe en materia penal, en tanto que en materia civil son conceptos válidos y vigentes, capaces de engendrar responsabilidad.

Hasta aquí el tema de la culpa civil y culpa penal.

Abordemos ahora el punto referente a los grados o clases de culpa.

15.2.2.3. Grados o clases de culpa

La doctrina y la legislación contemplan los siguientes criterios clasificatorios de la culpa:

15.2.2.3.1. Si en sentido estricto, culpa equivale a falta de diligencia, por cuanto toda persona se encuentra obligada a obrar con prudencia y conocimiento de las cosas, ello también obedece a salvaguardia personal y a un sentido social de solidaridad. Así, la trasgresión puede revestir forma activa o pasiva: culpa *in faciendo* y culpa *in omittendo* (por acción o por omisión).

En la culpa *in faciendo*, entonces, el deudor por negligencia o descuido hace algo que estaba obligado a no hacer o atendiendo a las circunstancias del caso, se le obliga a abstenerse, pero con su obrar perjudica al acreedor.

En la culpa *in non faciendo* o *in omittendo* hay, por el contrario, una omisión. El incumplimiento y el consiguiente perjuicio, tienen por causa generadora el dejar de hacer algo que el deudor debiera haber realizado.

Según un sector de la doctrina, la denominada culpa *in omittendo* no es posible concebirla en el área de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, pues si entre el autor del acto ilícito (penal o civil) y su víctima no cabe ningún vínculo jurídico anterior, no puede existir una «obligación de no hacer», por lo cual la lesión ha de consistir siempre en un acto positivo, en una acción, no en una omisión, salvo excepcionalmente en el área de los delitos por omisión.

Ahora bien, dentro del campo de la contratación, la doctrina también suele incorporar la figura de la culpa *in contrahendo*, que consistiría en la omisión de las diligencias necesarias para que un contrato que está en vías de celebrarse, se celebre; es la culpa consistente en la frustración de la relación contractual proyectada, imputable a una de las partes.

15.2.2.3.2. La regla general en materia de responsabilidad consiste, como se sabe, en que el autor del daño causado es quien tiene que responder; la excepción, por el contrario, es que sea otro quien responda (económicamente). Esto es lo que la doctrina denomina responsabilidad indirecta, al lado de la directa (*culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*).

El deudor no siempre ha de responder directamente de su culpa personal, sino que también puede estar obligado a responder de «culpas personalmente ajenas», por ejemplo, de la culpa de sus dependientes o subordinados con motivo de cumplir o ejecutar las obligaciones contraídas por el primero, esto es por el principal o patrón, cuando este último no las ejecuta personalmente o, al menos, no lo hace en su totalidad o integridad. Se le denomina *culpa in eligendo*, pues se basa en el daño causado por la persona «elegida» por el principal y a quien le encargó la ejecución de determinado acto.

Por su parte, la *culpa in vigilando* deriva de una «falta de control» sobre las personas que dependen de otras.[282]

15.2.2.3.4. Hemos anotado que los comentaristas del antiguo Derecho Romano, habían elaborado, mediante una sutil e inexacta interpretación, una división tripartita de la culpa, división que —como vimos— fue acogida por varias legislaciones latinoamericanas; tal fue el caso de nuestro Código Civil de 1852.

La culpa levísima consiste, según las legislaciones que la acogieron y la mantienen, en no tener, en el cumplimiento de las obligaciones, el cuidado que las personas sumamente atentas y precavidas tienen en sus negocios. Se opone, pues, a la simple diligencia o cuidado. Es la falta de aquella esmerada diligencia.

Según el artículo 1267 del Código Civil Peruano de 1852, la culpa levísima es la omisión de aquellos cuidados que solo pueden poner en sus asuntos, los padres de familia más diligentes y exactos; consiste, en suma, en la omisión de aquellos cuidados que solo los hombres más cuidadosos podrían observar.

Para nuestra ley civil de 1852, la culpa levísima se prestaba por quien obtenía utilidad en los contratos unilaterales, como podría ser,

[282] Sobre la *culpa in vigilando*, responsabilidad por hecho ajeno o indirecta, el Código Civil Peruano dispone lo siguiente:
Artículo 1974.- «Si una persona se halla, sin culpa, en estado de pérdida de conciencia, no es responsable por el daño que causa. Si la pérdida de conciencia es por obra de otra persona, ésta última es responsable por el daño que cause aquélla».
Artículo 1975.- «La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable».
Artículo 1981.- «Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria».

por ejemplo, el contrato de comodato que presta beneficio y utilidad únicamente al comodatario, que obtiene gratuitamente el uso de un bien no fungible, perteneciente al comodante.[283]

A decir de Manuel Alessandri Somarriva y Antonio Vodanovic,[284] la culpa levísima es la que implica mayor responsabilidad, porque quien se hace responsable de esta culpa debe guardar el máximo de esmero, tomar todas las precauciones para evitar perjuicio o menoscabo a su acreedor; el que responde de la culpa levísima debe hacerlo todo. El que responde de la culpa grave responde de lo mínimo. Y el que toma la responsabilidad de la culpa media, responde de lo ordinario y mediano. Si un individuo es deudor de un caballo, la prudencia ordinaria lo obliga a no exponerlo a riesgo, a no colocarlo, por ejemplo, en un establo que amenaza derrumbarse. Este cuidado basta si el deudor es responsable de la culpa grave. Pero si es responsable de la levísima, no solo tiene que limitarse a esto, sino que debe, además, dar buenos alimentos al caballo, buen abrigo, colocarle buenas herraduras, etc., para que el animal no sufra daño alguno.

[283] Las normas del Código Civil de 1852, referentes a la culpa levísima, disponen lo siguiente:
Artículo 1266.- «La culpa consiste en una acción ú omisión perjudicial á otro, en que se incurre por ignorancia, impericia ó negligencia; pero sin propósito de dañar».
Artículo 1267.- «La culpa es lata, leve ó levísima: lata es la que consiste en la omisión de aquellas precauciones ó diligencias que están al alcance de los hombres menos cautos ó avisados; leve, la omision de las que un padre de familia toma ordinariamente en sus negocios; y levísima, la omision de aquellos cuidados que solo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes».
Artículo 1271.- «La culpa levísima se presta por el que reporta la utilidad en los contratos unilaterales.
El que sufre el gravamen ó tiene la obligación, responde solamente por la culpa lata».

[284] Alessandri Somarriva, Manuel y Antonio Vodanovic. *Op. cit.*, vol. I, tomo I, p. 503.

La culpa leve, por su parte, constituye especie intermedia entre la culpa lata o grave y la culpa levísima o venial. Se presenta cuando no se presta la atención o no se tiene el cuidado que de ordinario se acostumbra o que, en general, pondría un buen padre de familia.

El Código Civil Peruano de 1984 reconoce la culpa leve en su artículo 1320,[285] el mismo que tiene como antecedente al artículo 1322

[285] De conformidad con el artículo 1320 del Código Civil Peruano de 1984, actúa con *culpa leve* quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.
En materia de alcances de la reparación, el numeral 1321 prescribe que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o *culpa leve*; pero 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.
En virtud del artículo 1329, se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a *culpa leve* del deudor.
- Fuentes nacionales del artículo 1320.
Dentro de la legislación colonial, y en lo relativo a la negligencia, debe hacerse mención de la Ley de las Siete Partidas, Ley 11, Título XXXIII, Partida Séptima: «Otrosi dezimos, que y ha otra culpa, a que dizen Leuis, que es como pereza, o como negligencia. E otro y ha, a que dizen Leuissima, que tanto quiere dezir, como non auer ome aquella femencia en aliñar, e guardar la cosa, que otro ome de buen seso auria, si la tuuiesse».
El artículo 1320 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.
El Código Civil de 1852, trataba la materia en sus artículos 1267: «La culpa es lata, leve ó levísima: lata es la que consiste en la omisión de aquellas precauciones ó diligencias que están al alcance de los hombres menos cautos ó avisados; leve, la omisión de las que un padre de familia toma ordinariamente en sus negocios; y levísima, la omisión de aquellos cuidados que sólo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes»; 1270: «Se presta la culpa leve, en los contratos en que la utilidad es recíproca entre las partes»; y 1271: «La culpa levísima se presta por el que reporta la utilidad en los contratos unilaterales.- El que sufre el gravamen ó tiene la obligación, responde solamente por la culpa lata»; mientras que el Proyecto de Código Civil de 1890, no tocaba el tema.

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba el punto en el numeral 314: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en el artículo 300: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».
Por su parte, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, trataba el tema en el numeral 1311: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1322: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».
Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, abordaba la materia en el artículo 188: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el numeral 175: «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».
Finalmente, debemos mencionar al Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, que trataba el tema en su artículo 1338: «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; y al Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, que lo hacía en el numeral 1287: «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».
- Fuentes y concordancias extranjeras
Concuerdan con el artículo 1320 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Uruguayo (artículo 1344), Ecuatoriano (artículo 29, segundo párrafo), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 843, segundo párrafo —contemplando la culpa del deudor—), Paraguayo de 1987 (artículo 421, segundo párrafo), Guatemalteco de 1973 (artículo 1425) y Helénico (artículo 330), entre otros.
Adicionalmente, debemos mencionar a los Códigos Civiles Español (artículo 1104, primer párrafo —que establece además que cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exige la que correspondería a un buen padre de familia—) y Etíope (artículo 1796 —que dispone que cuando el contrato se concluye en interés exclusivo de una de las partes, la otra sola queda sujeta a indemnizar en caso que inejecute sus obligaciones cometiendo falta grave—).
Por su parte, el Código Argentino (artículo 512) prescribe que la culpa del deudor en

del Código Civil de 1936, inspirado en varios otros Códigos como el Peruano de 1852 (artículos 1266, 1267 y 1270), el Código Civil Francés (artículo 2137), el Código Civil Argentino (artículo 512), el Código Civil Español (artículo 1104), el Código Civil Chileno (artículo 44) y el Código Civil Colombiano (artículo 63).

La culpa leve tiene como constituyente o regla a la falta de diligencia ordinaria. A diferencia del dolo, no hay en ella intención de no cumplir, no hay mala fe del deudor. Hay tan solo la falta de diligencia ordinaria. La negligencia consiste en una acción *(culpa in faciendo)* u omisión *(culpa in non faciendo)* no querida pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor o, en general, a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, ya sea que se trate de las personas, del tiempo o del lugar.

Finalmente está la culpa lata, grave o inexcusable. Esta importa la «demasiada negligencia», o sea, como decía el Digesto, consistía en no entender lo que todos entienden. Es la culpa que consiste en la omisión de aquellas precauciones que están al alcance de las personas

el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

- **Jurisprudencia peruana del artículo 1320**

En relación a este tema, podríamos citar la siguiente Ejecutoria Suprema:

«El constructor está obligado a indemnizar al propietario por las deficiencias de la edificación consecuencia de su imprevisión, aunque el propietario hubiera recibido la obra sin observación alguna; pero el propietario está igualmente obligado a reintegrar al constructor el alza de los materiales y de la mano de obra durante el tiempo de la construcción, no obstante que en la declaración de fábrica el constructor manifestó que nada tenía que reclamar al propietario». *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1977, p. 995 (Artículo 1322 del Código Civil de 1936).

u hombres menos cautos. El Código Civil Peruano se refiere a ella en su artículo 1319.[286]

[286] - **Fuentes nacionales del artículo 1319.**

Dentro de la legislación colonial, y en lo relativo a la negligencia, debe hacerse mención de la Ley de las Siete Partidas, Ley 11, Título XXXIII, Partida Séptima: «Otrosi dezimos, que y ha otra culpa, a que dizen Leuis, que es como pereza, o como negligencia. E otro y ha, a que dizen Leuissima, que tanto quiere dezir, como non auer ome aquella femencia en aliñar, e guardar la cosa, que otro ome de buen seso auria, si la tuuiesse».

El artículo 1319 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

El Código Civil de 1852, trata el tema en sus artículos 1266: «La culpa consiste en una acción ú omisión perjudicial á otro, en que se incurre por ignorancia, impericia ó negligencia; pero sin propósito de dañar»; y 1267: «La culpa es lata, leve ó levísima: lata es la que consiste en la omisión de aquellas precauciones o diligencias que están al alcance de los hombres menos cautos ó avisados; leve, la omisión de las que un padre de familia toma ordinariamente en sus negocios; y levísima, la omisión de aquellos cuidados que solo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890, no registra antecedentes al respecto.

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regula el tema en su artículo 314: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hace en el numeral 300: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

De otro lado, debemos señalar que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, trata el tema en su artículo 1311: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; mientras que el Código Civil de 1936, lo hacía en el artículo 1322: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, prescribía en su artículo 188 lo siguiente: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la

obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, trataba el tema en su artículo 174: «Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el numeral 1337: «Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1286: «Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1319 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Chileno (artículo 44, primer párrafo) y Ecuatoriano (artículo 29, segundo párrafo), entre otros.

Presentamos a continuación los artículos del Código Civil Peruano de 1984 referidos a la culpa grave o inexcusable:

En materia de Acto Jurídico, el artículo 158 dispone que el representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, este es responsable cuando incurre en *culpa inexcusable* en la elección.

Luego, recién volvemos a apreciar la expresión «culpa inexcusable» en sede de inejecución de obligaciones, precisamente en los preceptos centrales.

Como sabemos, según el artículo 1319, incurre en *culpa inexcusable* quien por negligencia grave no ejecuta la obligación; en tanto que el primer párrafo del artículo 1321 dispone que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, *culpa inexcusable* o culpa leve.

Por su parte, el artículo 1328 sanciona con nulidad toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o *culpa inexcusable* del deudor o de los terceros de quien este se valga.

En materia probatoria, el artículo 1330 prescribe que la prueba del dolo o de la *culpa inexcusable* corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

En lo que respecta a la mora, de acuerdo al artículo 1340, el acreedor que se halle en ese estado asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o *culpa inexcusable* del deudor.

En las obligaciones de saneamiento, conforme al artículo 1494, no hay lugar a saneamiento por evicción cuando el derecho del tercero llegue a ser exigible por dolo o *culpa inexcusable* del adquirente.

Ahora bien (artículo 1497), cuando se pacta que el transferente no queda sujeto a la obligación de saneamiento por evicción, si se produce esta debe devolver la contraprestación que recibió, a no ser que el adquirente renuncie expresamente a dicha devolución; no siendo válida esta renuncia si el transferente actuó con dolo o *culpa inexcusable.*

A decir de la doctrina nacional, los artículos 1319 y 1320, relativos a la culpa inexcusable y culpa leve, están destinados a dar pautas generales o líneas directivas al juez; pero toca a este, en cada caso, apreciar si la acción u omisión del deudor contraviene la obligación y, si lo hace, decidir si tal contravención, conforme a dichas pautas, obedece a culpa inexcusable o a la culpa leve.

En definitiva, lo que debe ser apreciado y juzgado, es la conducta del deudor ante determinado suceso y no el «proceder genérico de un miembro de la especie humana», realmente antojadizo y abstracto. El concepto de culpa no debe entenderse como un principio rígido, ya que el juez debe apreciar y decidir, según cada caso en concreto.

Dentro de tal orden de ideas, la culpa también es un tipo de imputabilidad que implica un incumplimiento reprochable, aunque en menor grado, que el dolo, por haberse omitido las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación, y que responden a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar; de ahí que los tipos de culpa impliquen una interrelación entre negligencia, impericia, imprudencia, ignorancia y descuido.

De conformidad con el artículo 1520, la renuncia al saneamiento es nula cuando el transferente actúa con dolo o *culpa inexcusable* respecto a la existencia de vicios del bien al momento de celebrarse el contrato o de pactarse la renuncia.

En materia de hospedaje, según establece el artículo 1723, el huésped está obligado a comunicar al hospedante la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos en el establecimiento tan pronto tenga conocimiento de ello; y de no hacerlo, quedará excluida la responsabilidad del hospedante, salvo cuando tales hechos se produzcan por dolo o *culpa inexcusable* de este último.

En cuanto a los contratos de prestación de servicios, tenemos al numeral 1762, el mismo que establece que si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o *culpa inexcusable.*

En sede de responsabilidad civil extracontractual, prescribe el artículo 1986 que son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o *culpa inexcusable.*

15.3. El daño

La doctrina es unánime en considerar al daño como el factor principal de la responsabilidad. Sin daño, efectivamente, no hay acto de reparación.

El daño es el primer elemento del acto ilícito, no atendiendo a lo cronológico —ya que desde ese punto de vista sería razonablemente el último—, sino como consecuencia o resultado de la acción antijurídica. Se le considera con el carácter de primero por una estimación metódica, desde que el problema de la responsabilidad civil del agente comienza a plantearse solo cuando existe un daño causado.

No puede haber debate acerca de la responsabilidad faltando el daño, pues ella tiene por objetivo la reparación y la indemnización. Luego, un hecho, por muy reprensible que sea, no puede autorizar una acción civil de responsabilidad, si no se prueba el daño.

Al respecto, Christian Larroumet[287] refiere que si la inejecución o la mala ejecución de una obligación originada por un contrato no acarrea daño para el acreedor, no habrá responsabilidad del deudor.

Si, por ejemplo, el cumplimiento de la obligación, al tiempo de su vencimiento, no ofrece ya ningún interés para el acreedor, su inejecución no causará perjuicio y no se podrá decretar la responsabilidad del deudor. Allí está toda la diferencia —y ella es esencial— entre la ejecución forzada en especie de una obligación contractual y la ejecución por equivalente de esa obligación. En efecto, para que el acreedor esté en condiciones de obtener la ejecución forzada en especie, basta que pruebe la existencia de su crédito, sin necesidad de demostrar que la inejecución le causaría un daño. Por el contrario, en

[287] Larroumet, Christian. *Teoría General del Contrato.* Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1999, vol. II, pp. 73 y 74.

lo concerniente a la ejecución por equivalente, esto es, la condena del deudor a pagar daños y perjuicios, el acreedor deberá probar que la inejecución le causó un daño. En efecto, la indemnización por daños y perjuicios tiene por objeto únicamente reparar el daño causado. Por consiguiente, sin daño no puede haber ejecución por equivalente ni responsabilidad civil.

Asimismo, no hay que confundir el daño con la inejecución de la obligación. El daño no consiste simplemente en la inejecución de la obligación. Resulta de la inejecución, culpable o no, de la obligación, según el caso. La inejecución de la obligación no se identifica con el daño. Es su causa. Es debido a que la obligación no fue ejecutada por lo que el acreedor puede sufrir un daño cuya reparación se debe imponer al deudor, si dicha inejecución le es imputable y si se cumplen otras condiciones para atribuirle responsabilidad.

La solución no es la misma según se trate de la obligación de pagar una suma de dinero que de otra obligación de dar, de hacer o de no hacer. El régimen jurídico de las obligaciones de pagar una suma de dinero usualmente no es el mismo que el de las demás obligaciones; ello, teniendo en cuenta primordialmente que los elementos y características del daño tampoco son iguales. Por lo general, las reglas para indemnizar el daño en las obligaciones de pagar una suma de dinero son mucho más simples.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[288] apuntan que el daño no es requisito de la ilicitud, pues así como existe ilicitud sin voluntad y sin culpabilidad, igualmente existe ilicitud sin que haya daño causado; aunque no es raro —dicen— encontrar autores y fallos que señalan entre los elementos esenciales del acto ilícito la producción de un daño. Pero anotan que esto último no es exacto, pues el resul-

[288] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 557 y 558.

tado dañoso es solo una consecuencia posible, pero no constante, de la falta; y se concibe muy bien que se incurra en culpa sin perjudicar a nadie y, a la inversa, que se ocasione un daño reparable sin falta.

Así sucede, por ejemplo, en nuestro Derecho, en la hipótesis de quien desea buscar un tesoro en terreno ajeno, ya que lo puede hacer sin consentimiento expreso del dueño del predio, pero queda obligado al pago de la indemnización de daños y perjuicios resultantes (artículo 934 del Código Civil); o, según el Derecho Argentino, en la obligación —para los dueños de los terrenos inferiores— de recibir las aguas subterráneas que por el trabajo del hombre salieren al exterior «cuando no sea posible por su abundancia contenerlas en el terreno superior, satisfaciéndoseles una justa indemnización de los perjuicios que pueden causarles» (artículo 2650 del Código Civil Argentino); o la imposición de una servidumbre a través de otras heredades, en favor del propietario del inmueble destituido de toda comunicación con camino público, «satisfaciendo el valor del terreno necesario [...] y resarciendo todo otro perjuicio» (artículo 3068 del Código Civil Argentino); o la servidumbre de acueducto en favor de la heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo o en favor de un establecimiento industrial, para traerlas viniendo por heredades ajenas «con el cargo de una justa indemnización» (artículo 3082 del Código Civil Argentino); etc. Lo expresado se corrobora, además, con el texto del artículo 1067 del Código Civil de ese país, cuya primera parte prescribe que: «No habrá acto ilícito punible [...] si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar [...]»; esto es, que existirá acto ilícito siempre que se contraríe el orden jurídico positivo, pero sin un daño causado no habrá punibilidad a los efectos del resarcimiento o de la responsabilidad civil del agente. Por todo lo cual cabe concluir que el acto ilícito puede no ser punible o no dar lugar a reparación si no produce perjuicio, vale decir que el «daño» es condición de la responsabilidad, pero no lo es del acto ilícito que la genera.

En lo que parece ser una postura ecléctica, algunos autores han sostenido que el acto contrario a derecho que no causa daño (mera injuria objetiva) sería un acto ilegal, que no por ello resulta ilícito, pues para ser tal se requiere, además, la existencia de un daño causado y el dolo o culpa por parte del agente (injuria subjetiva).

Se ha dicho que la teoría de responder civilmente no debe ser construida como una teoría del acto ilícito, sino como una teoría del acto dañoso. Así, se acota que un daño puede ser injusto por haber sido injustamente causado (antijuridicidad), como por el hecho de que sea injusto que lo soporte quien lo sufrió.

En torno al daño, el Código Civil Peruano de 1984 no contiene ninguna norma que nos brinde una definición precisa al respecto; por el contrario, da por supuesto su significado a partir de diferentes preceptos que aluden a ese concepto.

Haciendo un breve repaso en la doctrina, podemos destacar las siguientes definiciones.

Para Lafaille,[289] el daño es el detrimento, la lesión total o parcial, y abarca, asimismo, el beneficio que no pudo hacerse efectivo.

Alfredo Orgaz,[290] por su parte, lo define como el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones, o bien, en hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones legítimas.

Para el profesor español Jaime Santos Briz,[291] el daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y de la cual haya de responder otra.

---

[289] Lafaille, Héctor. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Tipografía A.G. Rezzónico, 1926, vol. I, tomo VI, p. 195.

[290] Orgaz, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Editorial OMEBA, 1960, p. 37.

[291] Santos Briz, Jaime. *La responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 135.

Según el citado autor, el concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad, pues tiene que existir una infracción a la norma jurídica.

En torno de esta definición, un sector de la doctrina peruana[292] sostiene que las exigencias de antijuridicidad y de resarcibilidad no atañen a la esencia del daño, por cuanto la primera es un presupuesto autónomo en la teoría del responder, y, en cuanto al segundo requisito, bien puede existir un daño y no nacer el deber de reparar por faltar algún otro presupuesto.

15.3.1. Características

Teniendo en cuenta dichas definiciones, podríamos entonces anotar las siguientes características del daño:

15.3.1.1. Violación de una norma del derecho subjetivo

Así, lo ofendido es el ordenamiento jurídico mismo, como perjuicio *in iure.*

15.3.1.2. Interés jurídicamente protegido

De ahí que se ha señalado que el objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica y, consiguientemente, es siempre un interés humano.

Desde un interesante enfoque, al cual nos aunamos,[293] el bien no es el objeto de la lesión, pues no obstante que la lesión en un primer momento recae sobre él, al Derecho le interesa solo en tanto y en cuanto ese bien colme la satisfacción de un interés humano.

---

[292] Según expresa Vásquez Ferreyra, Roberto A. «El daño en la responsabilidad civil». En *Gaceta Jurídica.* Lima, enero de 1999, tomo 62-B, p. 47.

[293] Véase al respecto Vásquez Ferreyra, Roberto A. *Op. cit.*, pp. 47-50.

Ello porque el Derecho no tutela los bienes considerados en sí mismos, abstractamente, sino en la medida en que satisfagan un interés humano.

En consecuencia —se dice—, el objeto del daño, jurídicamente hablando, aparece como más restringido respecto al sentido naturalista de la expresión.

Así, cualquier bien o situación favorable que esté o no referida a un ser humano, puede ser objeto de daño; en sentido jurídico solo puede configurarse como objeto del daño el interés que recae sobre determinado bien.

Conviene, entonces, deslindar la noción de bien y de interés.

Por bien, en sentido amplio —y no restringido al ámbito de los Derechos Reales— la doctrina entiende que es todo aquello que puede satisfacer una necesidad, es decir, todo objeto de satisfacción. En el conjunto entran todos los bienes y cosas en su más amplia acepción. Puede tratarse no solo de cosas, derechos, créditos, sino también del cuerpo, la salud, la intimidad, el honor, la propia imagen, etc.

El interés, en cambio, es la posibilidad de que una necesidad humana pueda verse satisfecha mediante determinado bien, esto es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer la necesidad proporcionada por el bien. Por ello se puede decir que el interés es algo así como una situación de provecho.

Así entendido, un mismo bien puede satisfacer intereses de distinta naturaleza. Un valioso cuadro satisface tanto un interés patrimonial, que está dado por su valor pecuniario, como un interés extrapatrimonial, en cuanto colma una satisfacción cultural.

La naturaleza del daño viene dada por la naturaleza del interés en juego.

Puede también configurarse un daño aunque el bien no haya sido afectado. Es decir, que el perjuicio del interés puede no venir acompañado del perjuicio del bien.

Por lo expuesto, la doctrina nacional expresa el siguiente concepto: el daño es la lesión a un interés jurídico, entendido este, como la facultad de actuar hacia el objeto de satisfacción. Esta lesión consiste en la acción ofensiva que disminuye un bien o le causa menoscabo, con todas las repercusiones que ello conlleva. Vale decir, el mal que se origina a las personas y cosas, o el perjuicio causado a los derechos o facultades de aquellos.

15.3.1.3. El valor de la pérdida sufrida

Adoptándola con amplitud, podríamos hablar del valor de la pérdida sufrida, sea material o moral, ya como consecuencia del incumplimiento contractual, ya como consecuencia del hecho ilícito.

Sin embargo, existen pérdidas valuables que no son consideradas como daños resarcibles: la pérdida moral que sufre un hermano por la muerte del otro; a los padres (damnificados indirectos) cuando el hijo pequeño sufre en un accidente una incapacidad física que le durará toda su vida; o el supuesto del daño insignificante —*de minimus non cura praetor*—.

A modo de recopilación, debemos precisar que sobre el daño puede hablarse en dos sentidos distintos, a saber:

(a) Uno amplio, que se identifica simplemente con la ofensa o lesión de un bien o de un derecho jurídico cualquiera.

Según este sentido amplio o significado vulgar, llámase daño a todo detrimento o lesión que una persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, quienquiera que sea el causante y cualquiera que sea la causa, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre.

(b) Un significado más limitado apunta al menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones (daño material), o bien, en hipótesis particulares, a la lesión al honor o a las afecciones legítimas (daño moral).

Este sentido restringido sería, pues, el concepto jurídico que no considera como daño al que se causa el propio perjudicado, porque al Derecho positivo solo le interesa el daño como fundamento determinante de penas o indemnizaciones.

Podríamos resumir, entonces, que el daño, desde una óptica jurídica, es la lesión que por dolo o culpa «de otro» recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le produce una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir, de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que ella fuese;[294] o que es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial.

15.3.2. Criterios clasificatorios del daño

Por otro lado el daño, como elemento de la responsabilidad, se presenta bajo diversos aspectos que, según veremos, influyen sobre su cuantía. Señalaremos algunas de las clasificaciones más conocidas.

15.3.2.1. Daño material y daño moral

En torno de la distinción entre el daño material y el daño moral, ya hemos adelantado opinión al tratar sobre los efectos del incumplimiento (la eventual indemnización de daños y perjuicios) y la diferenciación entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.

---

[294] Baltierra Retamal, Enrique, citado por Tamasello Hart, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 14.

Profundizando en el tema diremos, en palabras de Alfredo Orgaz,[295] que el daño material es simplemente el que menoscaba el patrimonio, como conjunto de valores económicos, y que, por tanto, es susceptible de apreciación pecuniaria; categoría en la que se comprenden los perjuicios producidos en los valores patrimoniales ya existentes, así como también los que afectan las facultades o aptitudes de la persona, consideradas como fuentes de futuras ventajas económicas (vida, salud, integridad física, belleza corporal, etc.); e inclusive los que resultan de la lesión del honor o de los sentimientos, en la medida en que repercutan sobre la capacidad de trabajo o sobre la atención de los negocios.

Para José Melich Orsini,[296] el daño material es aquel que sufre la víctima en los bienes que integran su patrimonio o en el valor patrimonial de su persona física. En esta categoría entran todos los perjuicios a los derechos patrimoniales reales o personales —rotura de los cristales de un establecimiento, destrucción de cosechas, muerte de animales, destrucción u ocultamiento de un recibo, actos de competencia desleal, etc.—.

Ahora bien, el daño material o patrimonial puede manifestarse en dos formas típicas: o como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es, como un empobrecimiento del patrimonio (daño emergente o positivo), o bien como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante). La indemnización debe, en principio, comprender ambos aspectos del daño, salvo los casos en que la ley disponga expresamente otra cosa.

[295] Orgaz, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 41 y 42.

[296] Citado por Carnevali, Magaly. «Elementos de la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio». *Anuario* n.° 17, Universidad de Los Andes. Venezuela, p. 15.

Al respecto, Alfredo Orgaz[297] opina que a menudo el acto ilícito produce ambas clases de daños; pero puede ocasionar solo un daño emergente, sin lucro cesante: por ejemplo, en las heridas corporales que no impiden al lesionado el desempeño de su trabajo, en la destrucción o deterioro de cosas muebles no fructíferas, etc.; o bien, solamente un lucro cesante, sin daño positivo, como ocurre frecuentemente en los actos ilícitos que lesionan la pérdida de un cargo remunerado o la frustración de un negocio.

La distinción clásica entre daño emergente *(damnum emergens)* y lucro cesante *(lucrum cessans)* está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperable en el segundo.

Así, el daño emergente se traduce como el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido.

Mientras que el lucro cesante es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial, o, como dice Borda,[298] es la ganancia o utilidad que ha dejado de percibir la víctima con motivo de la lesión.

Acota Zannoni[299] que tanto en uno como en otro caso hay un empobrecimiento, una disminución patrimonial provocada como consecuencia del evento dañoso.

[297] Orgaz, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 43 y 44.

[298] Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 140.

[299] Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982, p. 34.

En ese sentido, lo que debe tomarse en cuenta es el interés que el bien dañado o destruido satisfacía en la esfera patrimonial del damnificado, que puede o no coincidir con el valor objetivo del bien mismo.

En suma, el daño patrimonial es aquel que recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades.

La distinción entre daño patrimonial y moral no depende de la índole de los derechos que son materia del acto ilícito, sino de la repercusión que este acto tiene en el patrimonio. «La lesión a un derecho patrimonial puede ocasionar un daño material, y también uno moral, en cuanto moleste a la persona 'en el goce de sus bienes', como dice el artículo 1078 del Código Civil (se refiere al Código Civil Argentino); del mismo modo, el ataque a un derecho no patrimonial —verbigracia, el honor— puede ocasionar, y a menudo produce, no solamente un perjuicio moral, sino también uno material, si el desprestigio o la deshonra del afectado determina la frustración de beneficios económicos esperados (pérdida de un contrato, etc.)».[300]

Dentro de ese orden de ideas, un sector mayoritario de la doctrina refiere que es más completo y preciso utilizar la denominación de daño patrimonial, ya que comprende a los materiales y a otros que menoscaban el patrimonio, tomándolos como un conjunto de valores económicos susceptibles, por sí mismos, de apreciación pecuniaria, comprendiendo los perjuicios ocasionados en los valores patrimoniales existentes y, además, los que afectan facultades o aptitudes de la persona consideradas como fuentes de futuras ventajas económicas, tales como la vida, la salud, la integridad física, la belleza corporal,

[300] EDITORIAL BIBLIOGRÁFICA ARGENTINA. Enciclopedia Jurídica OMEBA. *Op. cit.*, tomo V, p. 540.

etc., e inclusive los que resultan de la lesión del honor o de las afecciones, en la medida en que ellas repercutan sobre la capacidad de trabajo o sobre la atención de los negocios, y cuya reintegración se hace por vía de reparación y no de compensación.

Por el contrario, cuando el acto ilícito no comporta por sí ningún menoscabo para el patrimonio, en su contenido actual o en sus posibilidades futuras, pero hace sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriéndola en sus afecciones legítimas, se tiene un daño moral o no patrimonial.

Según se aprecia de la doctrina, el tema referente al daño moral constituye otro de los aspectos vidriosos en materia de indemnización.

Si la determinación de la cuantía de una indemnización está sujeta —por definición— a la apreciación subjetiva del juez, dicha subjetividad aumenta cuando lo que se valora es el perjuicio a los derechos que constituyen la personalidad «moral» del hombre, su dignidad, sentimientos, honra, estética, creencias, salud, convicciones, etc.

En torno a la evolución de la reparación del daño moral, cabe anotar que esta no es una cuestión nueva, sino que, por el contrario, se ha planteado desde muy antigua data.

Así, por ejemplo, en el último estado del Derecho Romano, existían varias acciones para la defensa y la reparación de vulneraciones que afectaran sentimientos íntimos o el honor, tales como la *vera rei estimatio*, la *affectus*, la *pietas*, etc.

De igual modo, en el Derecho Germánico se reconocía el sistema de composiciones *(Wehrgeld)*, que consistía en una especie de tarifa legal por las injurias, las lesiones, y que permitía la compensación de una muerte o de una injuria si mediaba el pago de una suma de dinero a la víctima o a su familia.

La legislación alfonsina cuenta también con un antecedente importante en torno al daño moral, pues en la Ley de las Siete Partidas se da como concepto de daño el siguiente: «El empeoramiento o menoscabo que un hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro».

En el Derecho Francés tampoco se desconocía una reparación de esa índole; muy por el contrario, se hizo bastante uso de ella en muchas resoluciones judiciales.

Si bien se puede observar que la noción del daño moral es de antigua data, la doctrina coincide, sin embargo, en señalar que el verdadero reconocimiento de la figura recién se llevó a cabo en los últimos decenios.

Se trata, sin duda, de una materia cuyo fundamento se encuentra en los derechos de la personalidad y su evolución es fruto esencialmente de la jurisprudencia.

Sobre el particular, Carmen Domínguez Hidalgo[301] señala que toda la teoría del daño moral se ha elaborado a partir de ciertas sentencias que por su trascendencia han modificado la concepción estricta del daño imperante a veces en la doctrina, otras en el propio texto legal. Y ello es sorprendente, porque en la mayoría de los sistemas, pese a la transformación operada por sentencias judiciales, las normas relativas a la responsabilidad y al daño extrapatrimonial, en particular, no han sido alteradas y, no obstante, existe una desarrollada teoría que regula sus requisitos y contenido.

[301] Domínguez Hidalgo, Carmen. «La indemnización por daño moral. Modernas Tendencias en el Derecho Civil Chileno y Comparado». En *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 25, número 1, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998, p. 31.

Informa la doctrina que el reconocimiento del daño moral, dentro del ámbito de la reparación civil, podría dividirse en tres etapas:

(a) Una primera, referida a la aceptación del resarcimiento de las consecuencias pecuniarias del daño extrapatrimonial en materia aquiliana, esto es, el llamado «daño moral impropio».

(b) La segunda, concerniente a la admisión para la misma esfera de la responsabilidad, del resarcimiento del «daño moral puro», es decir, aquel perjuicio que no afecta ni aun indirectamente al patrimonio de la víctima.

(c) La tercera etapa, supone el acogimiento del pleno resarcimiento en toda la responsabilidad y, por ende, tanto en materia extracontractual como contractual sin distinción, y aun ampliándose la noción del daño moral a todo el ámbito de los atentados a los intereses extrapatrimoniales de la persona.

Sin embargo, son muy pocas las legislaciones que se atreven a desarrollar la figura en toda su extensión; incluso hay sistemas jurídicos que admiten esta tercera etapa muy tímidamente y otras ni siquiera la plantean. Las razones que se exponen al respecto son muy variadas, como la veneración a la opinión tradicional o a los textos legales; de ahí que la doctrina francesa haya precisado que todo dependerá de la familia en que nos situemos y, dentro de ella, del sistema jurídico en el que nos centremos.

En lo que respecta al significado jurídico del daño moral, los autores brindan distintas definiciones, pero cuya esencia conceptual no varía.

Así, por ejemplo, se dice que el daño o perjuicio moral es aquel que no atenta contra los intereses patrimoniales ni físicos de la persona y que, por el contrario, atenta contra los bienes no patrimoniales,

tales como el buen nombre, la buena reputación y los sentimientos de afecto por ciertas personas.

Si se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados, el daño moral consiste en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales, que cuentan con protección jurídica.

Según este primer criterio de definición, el ataque a los bienes del patrimonio configura daño material o patrimonial. En cambio, el ataque a un derecho no patrimonial, ataque a la integridad corporal, al honor, a la reputación —incluida la de la familia—, a la libertad, a la violación de un secreto concerniente a la parte lesionada, etc., produce daño moral. Es esta la definición que la doctrina considera como daño moral puro.

Por el contrario, si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el daño moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses naturales tutelados por la ley.

Este segundo criterio de definición no desconoce que las lesiones a los derechos no patrimoniales trasciende, en muchas ocasiones, al patrimonio de la víctima —el ataque a la reputación de un profesional que reduce su clientela y merma los ingresos normales—. Aquí se refiere a daño moral con repercusión patrimonial.

El daño o agravio moral interesa al Derecho en cuanto plantea el problema de si da lugar a sanciones, y en caso de considerarse que las admite, resolver su naturaleza, encontrar el fundamento y precisar su medida. «El Derecho no ampara únicamente bienes económicos. La norma jurídica perdería su alto sentido social, si se considerara impotente para proteger valores de afección, bienes inmateriales por la sola circunstancia de no tener cotización monetaria. Correlativamente con esta concepción, quedó configurado el concepto del agravio moral. El

desmedro de los bienes materiales ocasiona daño patrimonial. El ataque a los bienes inmateriales, configura agravio moral».[302]

Pese a todas estas consideraciones, muchos discuten la procedencia de la reparación del daño moral. Incluso entre quienes la admiten, se aprecian diferencias respecto de su amplitud.

Se han desarrollado varias teorías destinadas a deslindar la cuestión en torno a dónde y cómo se proyecta la extrapatrimonialidad del daño que debe ser reparable. A modo ilustrativo, nos ocuparemos de las más significativas:

(a) La primera teoría sostiene que el daño moral deriva de la «clase de derecho subjetivo lesionado, protegido por el ordenamiento».

Así, el daño (moral) más que una violación al derecho de un sujeto, lo es de una norma que reconoce el derecho subjetivo inherente a la personalidad. Es decir, lo ofendido aquí es el ordenamiento mismo, como perjuicio *in iure*.

Autores como Almanza, Erro, Cifuentes, Santos y Lerner[303] señalan, sin embargo, que en realidad lo dañado no es el derecho que sigue incólume tras el ataque, sino el objeto disminuido u ofendido por ese ataque. El derecho —dicen los autores citados—, sea personalísimo o no, se reduce a un goce y a una reacción para defender ese goce. Luego, no puede ser soporte del daño, el cual se produce sobre el objeto dañado y no sobre el derecho subjetivo-normativo que protege a ese objeto.

---

[302] EDITORIAL BIBLIOGRÁFICA ARGENTINA. Enciclopedia Jurídica OMEBA. *Op. cit.*, tomo I, p. 605.

[303] Citados por Trigo Represas, Félix A. y Rubén S. Stiglitz. *Op. cit.*. Primera Parte, p. 401.

(b) La segunda teoría se refiere al interés afectado, entendido este como «el poder actuar» reconocido por la ley hacia el objeto de satisfacción. Es lo que la doctrina denomina «interés *in iure*» (la posibilidad de gozar el derecho subjetivo y reaccionar para defenderlo).

Según esta posición, se admite también otra categoría de interés, que vendría a ser la expectativa lícita de continuar obteniendo el objeto de satisfacción, esto es el «interés simple».

Refutando esta teoría, Trigo Represas y Stiglitz[304] señalan que el interés, concebido de esta manera, no puede ser dañado, pues persiste antes y después del ataque incólume, tal cual como el derecho subjetivo. Ese derecho no es menos derecho ni derecho desmedrado, si en su objeto concurre un daño; ese interés tampoco es menos poder, o poder reducido a partir de la ofensa o el perjuicio. Ellos no son, por tanto, los menoscabados. A menos que se haya perdido completamente el objeto y, en consecuencia, el derecho y el interés-facultad.

Expresan los autores citados, que se conculca nuestro cuerpo con consecuencias de dolor y psíquicas; es eso lo dañado y no la facultad o el poder que ya ejercemos sobre el mismo, como tampoco el derecho subjetivo que ese bien contiene a nuestro favor, ni menos la norma que reconoce aquel derecho.

(c) La tercera corriente se ubica, más bien, en el resultado o efecto de la acción dañosa.

Si el detrimento producido por la ofensa disminuye o hace perder un bien material y no valuable en dinero, es daño moral; si, por el contrario, el daño es mensurable en moneda patrimonial, es daño material.

[304] Trigo Represas, Félix A. y Rubén S. Stiglitz. *Op. cit.*, Primera Parte, pp. 402 y 403.

Si bien las tres doctrinas expuestas tienen adherentes entre los autores, la generalidad de ellos adopta la última, pues toma como base el concepto especial de «daño», que es el único que interesa a los fines del resarcimiento.

Si realmente lo que se desea es clasificar al daño resarcible, no hay que atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo, esto es, a los efectos o consecuencias de la lesión.

Según este concepto, resulta lógico —a decir de los autores consultados— que una acción ilícita, aunque no haya afectado sino un derecho o un bien jurídico de la víctima, pueda ocasionar a esta ambas clases de daños (daño patrimonial o material y daño moral), conjuntamente.

Alfredo Orgaz[305] acota que no hay, por consiguiente, más que un daño moral en sentido propio, o sea, el que los escritores llaman «puro»; en cuanto al supuesto daño moral con repercusión sobre el patrimonio, se trata del daño patrimonial indirecto, expresamente aludido por la ley argentina en el artículo 1068 del Código Civil.

Se pone énfasis que, en rigor, todo gira en torno al efecto dañoso de la acción y, a través del demérito en sí mismo soportado, es posible determinar la cuantía de la indemnización equivalente o satisfactoria.

De igual modo, se dice que el daño se acarrea no al «poder de satisfacción» del sujeto, sino a un bien o soporte, material o inmaterial, del sujeto. No se menoscaba el señorío del sujeto, sino su patrimonio o sus manifestaciones personales que le acompañan como persona (honra, cuerpo, libertad, intimidad, etc.).

También se ha afirmado que un perjuicio al cuerpo humano no solo atañe a ese bien inmaterial (personalísimo), sino que a la vez

[305] Orgaz, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Editorial OMEBA, 1960, p. 224.

puede producir gastos de curación y lucro cesante. Pero nada impide los dos efectos diferenciados sobre la persona: lesionado el bien espiritual y la organización física productora de patrimonio. Las consecuencias, que es lo que importa, se expanden o bifurcan; provienen directamente del acto y abarcan dos aspectos: el patrimonial y el extrapatrimonial en sus resultados. Se desmejora la salud, se provoca el dolor y se impele a la necesidad de realizar gastos para hacerlos cesar y de suspender las actividades económicas durante la curación.

Uno se podría preguntar: ¿es posible cuantificar el interés concebido como poder de satisfacción?, ¿es posible hablar de la «entidad» del interés —mayor o menor— lesionado? El poder de satisfacción del derecho no tiene entidad mayor o menor. Sí la tiene el daño sobre el objeto dañado. Y estos puntos de vista, encadenados con la relación de causalidad, son las pautas comparativas de la entidad de los daños que permiten evaluarlos en más o en menos según su gravedad.

Dicha perspectiva es la que parece —entre los autores—, la más completa jurídicamente hablando, pues se detiene y saca fruto del elemento daño, que la ley hace imprescindible en la reparación civil o de derecho privado. ¿Qué es lo que se daña o perjudica con el acto ilícito? Ni el derecho que protege el objeto (este se viola o contradice, no se daña); ni el poder actuar hacia el objeto o hacia la expectativa de satisfacción (este se neutraliza o paraliza, no se daña); sino el objeto mismo dañado. De modo que cuando el detrimento recae sobre uno de los modos de ser espirituales y todas o cada una de las manifestaciones personalísimas, es daño moral.[306]

En lo que respecta al uso terminológico de esta clase de perjuicio, se aprecia que tampoco existe unanimidad.

[306] Trigo Represas, Félix A. y Rubén S. Stiglitz. *Op. cit.*, pp. 405 y 406.

Así, en la mayor parte de los sistemas derivados del romano-germánico,[307] la denominación más usual es la de «daño moral», siguiendo la nomenclatura francesa que opone al daño material el moral. En Italia, lo denominan «daño no patrimonial»; en Alemania, «daño inmaterial»; y «daño no pecuniario» (*non pecuniary loss*) en el *Common Law*.

Y en lo concerniente al daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual, las denominaciones empleadas también son diversas: daño moral contractual, daño moral derivado de incumplimiento, daño moral derivado de contrato, etc.

Dicha diversidad terminológica no es meramente anecdótica, sino que, por el contrario, revela la complejidad que presenta la noción misma del daño moral en cuanto supone, por esencia, confrontarla o distinguirla con el daño patrimonial o material.

En cuanto al contenido mismo, creemos —al igual que un sector importante de autores—[308] que resulta infructuoso y hasta inútil, abordar al daño moral en una definición absoluta. Primero, porque se aprecia en la doctrina (y en algunas legislaciones) una acentuada tendencia a reparar todo daño; y segundo, porque —a decir de los tratadistas— el daño moral es una noción esencialmente relativa, en estricta dependencia con el nivel de tutela jurídica que se estima indispensable conceder a la persona. Dicha idea, la doctrina la resume en la premisa de que a mayor conciencia social de esa protección, mayor número de hipótesis serán consideradas como daño moral.

[307] España, Argentina, Chile, México, Perú, entre otros.

[308] Véase al respecto: Domínguez Hidalgo, Carmen. *Op. cit.*, p. 43; Zannoni, Eduardo A. *Op. cit.*, pp. 231 y ss.; Vicente Domingo, Elena. *Los daños corporales: Tipología y Valoración*. Barcelona: Editorial Bosch, 1994, pp. 171-179.

La definición de daño moral debe ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño o perjuicio a la persona en sí misma —física o psíquica—, así como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales, es decir, «todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente».[309]

Al respecto, anotamos que el daño moral es el daño no patrimonial, pues está inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquellos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que, independientemente del daño moral, originan, además, un daño material.

Y, en cuanto a sus efectos, son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales *strictu sensu*, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual.

Otro punto conflictivo de la temática acerca del daño moral, es el referente a la naturaleza jurídica de su resarcimiento. Al respecto, la polémica fue importada de cierta parte de la doctrina francesa que argumentaba lo siguiente: (1) que los contratos no pueden tener por objeto sino intereses pecuniarios y que, por consiguiente, un simple interés de afecto no puede dar lugar a que se indemnicen los perjuicios derivados de su inejecución; (2) que la indemnización del daño moral representaría para el acreedor un aumento de su patrimonio sin causa legítima, bajo cuyo aspecto constituiría una especulación

[309] Domínguez Hidalgo, Carmen. *Op. cit.*, p. 43.

sobre afectos, inmoral e ilícita; (3) la imposibilidad que habría para la estimación exacta del perjuicio.[310]

Sobre el particular, Salvat[311] señala que dichas razones no le parecen decisivas. En cuanto al primer argumento —anota Salvat—, es necesario no confundir la posibilidad del cumplimiento de los contratos y obligaciones en general, con la indemnización por falta de cumplimiento; son cosas independientes y puede perfectamente ocurrir que el interés moral no sea por sí solo bastante como objeto de un contrato, pero que justifique el pago de una indemnización por falta de cumplimiento. En cuanto al segundo argumento, agrega el profesor argentino, decir que la indemnización del daño moral representa un aumento ilegítimo del patrimonio del acreedor, que ella sería una especulación inmoral e ilícita, no le parece exacto; la indemnización compensaría la privación del goce que el cumplimiento del

[310] Dentro de la doctrina italiana, por ejemplo, Gabba (Citado por Giorgi, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Traducción de la séptima edición. Madrid: Editorial Reus, 1977, tomo V, p. 252) llegó a sostener que le parecía escandaloso investigar cómo resarcir en dinero los sufrimientos de una madre cuyo hijo ha sido muerto. Dicha apreciación permitió la respuesta de Giorgi en el sentido de que nadie duda que aquél a quien se ha robado o matado un asno, obtiene resarcimiento integral del daño; mientras tanto, a quien se roba o mata la libertad, el honor, la tranquilidad, el pudor, no se le debería nada. La inmoralidad, el escándalo, estarían más bien en no reparar los agravios producidos, dejando sin defensa los valores más caros al individuo.

Así, son varias las razones expuestas por quienes son contrarios al reconocimiento del daño moral en el Derecho. Dentro de esas razones se pueden mencionar las siguientes:

- Que es inmoral.
- Que es imposible demostrar jurídicamente su existencia.
- Que es pasajero y se desvanece.
- Que no hay posibilidad de encontrar reparación adecuada al agravio moral.
- Que constituye un enriquecimiento sin causa.

[311] Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, pp. 92 y 93.

contrato debía proporcionar al acreedor, y esto no puede ser nunca una especulación inmoral e ilícita; las cosas hay que mirarlas con un criterio humano y, dentro de este orden de ideas, no se puede negar que una suma de dinero, indemnización de un perjuicio moral, puede servir al acreedor para proporcionarse distracciones que le hagan olvidar la pena experimentada. En cuanto al tercer y último argumento —finaliza el citado autor—, es verdad que la apreciación exacta del daño moral sería una fuente de dificultades; pero esta es una cuestión de hecho y las dificultades a que ella dé lugar en la práctica, no pueden bastar para excluir la aplicación de un principio que es justo y racional. Por ello la tendencia moderna es en el sentido de admitir en todos los casos, cualquiera que sea la fuente de la obligación, la indemnización del perjuicio moral.

Sin embargo, hoy en día la doctrina sigue dividida en dos grandes líneas de pensamiento.

Así, hay quienes sostienen que la reparación del daño moral constituye una sanción punitoria para el ofensor.[312]

Esta primera tesis parte de considerar que los derechos lesionados tienen una naturaleza ideal, no valorable pecuniariamente y, por eso, no son resarcibles. De ahí que Ripert[313] señalara que lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor; los daños e intereses no tienen aquí carácter resarcitorio, sino carácter ejemplar. Según esta posición, el daño moral es la obligación jurídica de reparar todo el mal causado por la infracción como complemento intrínseco de la pena.

Por su parte, una segunda tesis considera que la reparación pecuniaria del daño moral es de naturaleza resarcitoria.

---

[312] Propugnan esta posición: Demogue, Ripert, Savatier, Legón, Llambías, entre otros.

[313] Ripert, Georges. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Bogotá, 1946, p. 181.

Dentro de esta línea de pensamiento, Alfredo Orgaz[314] afirma que lo mismo que la indemnización de los daños materiales, la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en el Derecho moderno: una y otra, en efecto, no se proponen inmediatamente imponer un mal al responsable, infligirle un castigo, sino tan solo procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido, en su patrimonio o en sus valores morales, a raíz del acto ilícito.

Dado que el daño moral repercute, ya sea lesionando o en menoscabo de aquellos intereses jurídicos que involucran las facultades de actuar en la esfera personal, propia o subjetiva del afectado, la apreciación pecuniaria que se tenga que hacer al respecto, no lo es estrictamente con fines de «compensación», tratando de reemplazar pecuniariamente lo destruido, dañado, etc., sino más bien con una finalidad «satisfactiva».[315]

En ese sentido, si bien resulta complejo demostrar la materialidad del dolor, del pesar, de las aflicciones o penas, ello no significa, sin embargo, que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria, que aunque no pueda borrar los efectos del hecho dañoso, por lo menos concede al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que fueron afectadas.

---

[314] Orgaz, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 230 y 231.

[315] Sobre el particular, Larenz exponía: «La función de satisfacción que cumple la reparación del daño moral ofendido, tiene por objeto, proporcionar al lesionado o perjudicado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida. Desde este punto de vista el dinero del dolor no sólo hace referencia al menoscabo sufrido por el lesionado, sino principalmente a la actuación del dañador, es decir, al mayor o menor carácter ofensivo y reprochable de su proceder». (Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo II, pp. 642 y 643).

Existe, sin embargo, una apreciación mixta en torno a la naturaleza jurídica de la reparación del daño moral. Según ella, si se está de acuerdo en que el daño moral es la lesión o agravio a intereses extrapatrimoniales de la persona, y que este agravio afecta bienes jurídicos que el Derecho protege, tutela o reconoce, la función indemnizatoria del dinero no puede encontrarse en el criterio de equivalencia, propio del resarcimiento de los daños patrimoniales. Así, esta posición mixta concluye que no es posible adoptar un criterio apriorístico, dogmático, que satisfaga de antemano; y que la reparación del daño moral puede revestir —y reviste comúnmente— el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se le atribuye. «La reparación cumple, entonces, una *función de justicia* o *sinalagmática*, que conjuga o sintetiza *a la vez* la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima (entidad del bien jurídico lesionado, su posición social, la repercusión del agravio en su ser existencial individual o personal y también de relación intersubjetiva, etc.), y la naturaleza punitoria o sancionatoria de la reparación para el agente del daño (su mayor o menor deber de prever las consecuencias del hecho ilícito, su situación económica, el factor de atribución de responsabilidad —dolo o culpa— etcétera)».[316]

15.3.2.1.1. Condiciones para la aplicación del daño moral

De otro lado, la reparación del daño moral requiere, desde luego, ciertas condiciones que sin lugar a dudas tienen estrecha relación con los caracteres que rodean —junto al daño en sí— a los factores de atribución de responsabilidad.

Dichas condiciones son las siguientes:

[316] Véase al respecto, Zannoni, Eduardo A. *Op. cit.*, pp. 254-265.

15.3.2.1.1.1. *Que haya una relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito*

Vale decir que el responsable no puede estar obligado a resarcir más que las consecuencias no patrimoniales que causó con su acto, y no las que se hayan derivado fortuitamente, aunque sea con ocasión de ese acto.

15.3.2.1.1.2. *Que el daño sea cierto*

Tal requisito no se relaciona con la obligación de probar que «efectivamente» se ha sufrido un daño, como en el caso del daño material.

Acá la existencia del daño moral se tiene por acreditada por el solo hecho de la acción antijurídica y por la titularidad del accionante. Se trata de una prueba *re ipsa*, es decir que surge inmediatamente de los hechos mismos.

Se parte de destacar que la finalidad del Derecho no concluye en la defensa de los bienes económicos o materiales y que este también conoce los derechos personales, bienes extrapatrimoniales de contenido moral y de proyección esencial en la convivencia; y en ese sentido, resulta inadmisible dejarlos desamparados cuando estos son vulnerados. Dentro de ese criterio, la reafirmación del derecho que ha sido afectado da mérito a iniciar una acción de reparación, sin exigir la prueba y la medida concreta del dolor íntimo sufrido.

Siendo normal, señala la doctrina, que en situaciones como las que dan lugar a un problema de daño moral, toda persona se sienta íntimamente afectada y sufra los efectos de ese dolor moral, bastará con acreditar la materialidad del ataque.

En torno de este punto, Giorgi[317] anota que es preciso distinguir

[317] Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo V, pp. 254 y 255.

la prueba genérica de la específica. En el lenguaje forense —dice el citado autor—, se entiende por prueba genérica del daño la prueba de un hecho del cual, no pudiéndose excluir la idea de que se haya derivado daño, no se tiene del todo la demostración completa de que el daño se haya producido efectivamente y a cuánto asciende; por prueba específica, en cambio, debe entenderse a la demostración precisa del daño, *quale, quantum sit.* Esta segunda prueba —señala el profesor italiano— es innecesaria en algunos juicios, y se precisa únicamente cuando se reclama del juez que condene al demandado en una cantidad determinada, a título de reparación; mientras a su vez es bastante la prueba genérica, cuando se solicita del juez la declaración genérica de la obligación del resarcimiento, a cargo de Ticio o de Cayo, dejando para luego liquidar el mismo daño en juicio separado.

Probado el daño —agrega Giorgi—, no ha de dudarse que el demandado puede por su parte aprestarse a demostrar que no está obligado a resarcirlo, porque el daño no es consecuencia directa de su hecho. Pero, ¿podría substraerse a la obligación de la indemnización probando que el daño fue indemnizado por una estimación pública o por una compañía aseguradora? La cuestión ha sido examinada ya por la jurisprudencia francesa y belga, y resulta constantemente en sentido negativo. Y con razón evidente: porque, sobrevenido el hecho ilícito y el consiguiente daño, hay lo suficiente para que nazca la obligación a resarcir; y porque ni los suscriptores ni la compañía aseguradora pagaron ciertamente en nombre del que produjo el daño para extinguir la obligación de este; por consiguiente, este no puede invocar los pagos realizados por los otros para obtener su liberación. Podrán a su vez los suscriptores y la compañía aseguradora obrar contra él con las acciones del damnificado.

15.3.2.1.1.3. *Que el daño sea personal del accionante*

Según este carácter, nadie puede reclamar el daño sufrido por otro.

El fundamento sustentado es el siguiente: se parte de que el daño moral es aún más personal que el daño patrimonial, dado que el dolor, la lesión a las afecciones legítimas, es, por su propia naturaleza, algo inherente a la persona misma del titular.

Asimismo, la doctrina argumenta que antes de ejercer la acción, esta no tiene carácter patrimonial, y en ese sentido nadie podría invocar como propio ese dolor o esa lesión a afecciones íntimas ajenas, para pretender una indemnización.

En virtud de este carácter, la doctrina se muestra unánime en reconocer que la acción de reparación del daño moral no puede ser cedida a terceros por el titular, ni puede ser ejercida por los acreedores mediante la acción subrogatoria, desde que el agravio no tiene ninguna vinculación con el patrimonio, que es lo que constituye la garantía de los acreedores. La reparación no tiene por objeto (como en el daño patrimonial) restablecer un valor económico destruido o menoscabado, sino ofrecer una satisfacción a quien ha sido lesionado en sus afecciones íntimas, y ello es algo enteramente personal.

15.3.2.1.1.4. *Que quien lo invoca pueda ser considerado como un «damnificado» en sentido jurídico*

Este carácter está dirigido a establecer quiénes resultan titulares de la acción de indemnización de los daños morales, toda vez que se considera que si solo se tiene en cuenta que el daño moral es cierto y personal del accionante y que aquel se halla en conexión causal con el delito, tales condiciones pueden encontrarse en numerosísimas personas vinculadas afectivamente con la víctima inmediata: novio o novia, amigos íntimos, socios, colegas, etc. (que pueden, en muchas ocasiones, exhibir un dolor real y profundo por la muerte de aquella) y tal multiplicidad de damnificados sería aniquiladora para el responsable y excedería manifiestamente los propósitos de justicia que fundan la indemnización.

La cuestión, sin embargo, presenta ciertas dificultades, ya que se refiere a un punto poco tratado, no solo por la doctrina, sino también por la legislación, aunado a la naturaleza particular del perjuicio.

Así, se puede extraer de la doctrina que los criterios con los que se podría establecer posibilidades generales de solución al respecto, son los siguientes:

- La solución dominante que plantea la jurisprudencia francesa, por ejemplo, se centra en fundar el derecho simplemente sobre el efectivo vínculo de afecto existente entre el accionante y la víctima del hecho. La acción pertenecería a cualquier persona, pariente o no, que pueda justificar una lesión real a sus afecciones íntimas como consecuencia del acto ilícito.

  Pese a apoyar esta interpretación, los tribunales y autores reconocen, sin embargo, la necesidad de restringir de algún modo esta formal ilimitación y desechar, como lo han dicho los Mazeaud, las consecuencias insensatas de la teoría. Pero todas las restricciones que se han querido poner carecen de organización y están determinadas con base en un pragmatismo ocasional y arbitrario. En ese sentido, se exige —según este criterio— la prueba de un dolor «real», «muy profundo».

- Una segunda solución plantea el fundamento de la reparación sobre un criterio objetivo y de existencia legal, como el parentesco.

  Es decir, la acción solo está concedida a los parientes de la víctima, quienes no necesitan probar la existencia de un dolor o de sus afecciones lastimadas. El dolor se presume por su condición de parientes y por la naturaleza del acto ilícito, «salvo la prueba

del responsable de otra situación objetiva que destruya aquella presunción (divorcio, desheredación, demencia, etc.)».[318]

Esta constituye una solución generalizada en las legislaciones.[319]

- En lo que respecta al Código Civil Peruano de 1984, la figura del daño moral encuentra acogida específica (referida a su naturaleza, magnitud y caracteres) en tres normas, la primera perteneciente a la responsabilidad contractual (artículo 1322) y las otras dos al campo de la responsabilidad extracontractual.

  El tenor de los referidos preceptos es el siguiente:

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

  Artículo 1984.- «El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o su familia».[320]

---

[318] Orgaz, Alfredo. *Op. cit.*, p. 266.

[319] Ellas solo discrepan según la mayor o menor extensión que reconocen al parentesco a ese fin. Así, en caso de homicidio, el Código Suizo de las Obligaciones (artículo 47) y el de México (artículo 1916), conceden reparación del perjuicio moral a la familia del muerto; el Código Civil Venezolano (artículo 1196) y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones (artículo 85), la reconocen a los parientes, afines y cónyuges; el Código Civil Polaco (artículo 166), a los miembros más próximos de la familia del difunto, o a la institución por ellos designada.
Los Códigos de Alemania y del Brasil de 1916 (artículos 1537 y ss.), son aún más estrictos, y no otorgan la indemnización del daño moral más que a la víctima del delito, con exclusión de todos los damnificados indirectos, parientes o no. El derecho angloamericano tampoco concede la indemnización a la familia del muerto.
En las legislaciones que no contienen preceptos explícitos o implícitos sobre este punto, también predomina la tesis que limita el resarcimiento a los parientes; de este modo, la doctrina y la jurisprudencia italianas, tanto con respecto al Código de 1865 cuanto al de 1942; también la doctrina francesa de muchos de sus tratadistas, y la jurisprudencia de la Chambre de Requêtes y de la Cámara Civil de la Corte de Casación (Sobre el particular puede verse a Orgaz, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 266 y 267).

[320] **- Fuentes nacionales del artículo 1322**

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836, así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; en el Código Civil de 1936; ni en la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en su artículo 178: «El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento». El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba el tema en el artículo 1341: «El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1289: «El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento».

- **Fuentes y concordancias extranjeras**

Coincide con el artículo 1322 del Código Civil Peruano, el Código Civil Helénico (artículo 299).

Por su parte, el Código Civil Alemán (artículo 253) prescribe que a causa de un daño que no es patrimonial solo puede exigirse indemnización en dinero en los casos señalados por la ley.

- **Fuentes nacionales del artículo 1984**

El artículo 1984 del Código Civil Peruano, registra como antecedentes más cercanos al artículo 1148 del Código Civil de 1936: «Al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora elaborado por el Doctor Fernando de Trazegnies Granda, de 1980, abordaba el tema en el artículo 18: «(Daño moral). Sólo excepcionalmente el juez considerará el daño moral para los efectos de establecer la procedencia de la indemnización y para fijar el monto de ésta.- El daño moral se encuentra excluido en todos los casos sometidos a régimen de seguro obligatorio».

Por su parte, el Proyecto de la Comisión Reformadora, de 1981, regulaba el tema en su artículo 2045: «Cuando lo considere razonable, el juez considerará el daño moral para los efectos de establecer la procedencia de la indemnización y para fijar el monto de ésta.- El daño moral se encuentra excluido en todos los casos sometidos al régimen de seguro obligatorio»; en tanto el Proyecto de la Comisión Revisora, de febrero de 1984, trataba sobre el particular en el artículo 1942: «El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a la familia»; mientras la Propuesta ante la Comisión Revisora, formulada por el Doctor José León Barandiarán, en marzo de 1984, establecía (en su artículo 13-A) lo siguiente: «El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a la familia».

Artículo 1985.- «La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño».

De las reglas citadas, se aprecia que nuestra legislación no solo acoge la reparación de dicho agravio, sino que, además, admite su aplicación y protección en sentido amplio, abarcando los supuestos de daño moral en cualquier acto ilícito y en el incumplimiento contractual,[321] pues las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales o de daños morales que engendren o no perjuicios económicos.

Cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza.

Se precisa[322] que compete al juez señalar el monto de la reparación por el daño moral, actuando con un criterio discrecional; esto se debe a que la reparación ha de hacerse por un determinado *quantum* pecuniario, o sea, el daño moral sufre una especie de metástasis o trasmutación para el efecto de que él, siendo extrapatrimonial, solo puede repararse mediante una in-

[321] Sobre la discrepancia en torno de la medida o amplitud que debe reconocerse en la protección del daño moral, nos ocuparemos más adelante.

[322] León Barandiarán, José. «Responsabilidad Contractual». En *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil Peruano de 1984. Op. cit.*, tomo VI, p. 807.

demnización de carácter patrimonial; de otro modo, el daño moral no podría ser reparable, salvo los casos muy singulares en que cupiese la reparación *in natura*; así, el ejemplo académico de la recuperación de un retrato de familia.

En esta forma se consagra la regla de la reparación integral a favor de la víctima; no obstante, se tiene cuidado al prevenir que debe existir una relación de causalidad adecuada al daño en cuanto a los eventos nocentes; así, pues, no se responde por eventos meramente fortuitos, casuales, que no tienen ese carácter de causalidad necesario.

15.3.2.2. Medida o amplitud en la protección del daño moral

También se ha hecho referencia a la discrepancia en torno de la medida o amplitud que debe reconocerse en la protección del daño moral. Al respecto, la doctrina expone distintas soluciones, a saber:

(a) Aquella que reconoce una protección amplia, que abarca los supuestos de agravio moral en cualquier acto ilícito y en el incumplimiento contractual.

(b) Aquella que solo reconoce el daño moral en los casos de acto ilícito.

(c) Por el contrario, otra solución la reconoce exclusivamente en los delitos penales.

(d) Mientras que distinta solución, plantea el reconocimiento limitado a los delitos penales dolosos.

(e) Finalmente, existe un reconocimiento en la medida en que también se sufran daños materiales e indemnización subordinada al monto de aquellos.

Al respecto, somos de la opinión —en concordancia con la doctrina mayoritaria y conforme a la regulación planteada por nuestro

Derecho interno—, que si se pretende restringir el resarcimiento del daño moral en el terreno jurídico, se estaría pugnando contra el más elemental sentido de justicia, y que no debe haber norma o Código con solución limitada al respecto.

No debe olvidarse, en primer término, que la noción de daño (como elemento de la responsabilidad) se vincula en todo el terreno jurídico con las cuestiones penales y civiles.[323]

Asimismo, en el área civil, la noción de daño se vincula tanto con la responsabilidad contractual como con la extracontractual, pues resulta indispensable que se cause daño, dado que sin él no hay responsabilidad civil; o, como también se dice: «sin interés no hay acción».

Debe hacerse hincapié, además —en sustento a la protección amplia de la reparación del daño moral—, que los bienes que forman parte de un patrimonio no están representados solo por las cosas u objetos materiales con valor pecuniario, sino que también están inmersos en ellos ciertos valores (bienes) personales, como las capacidades o aptitudes para el trabajo, que son fuentes de beneficios eco-

---

[323] Respecto de lo penal, siempre se presenta en todo delito un daño social o indirecto, consistente en la perturbación y alarma social que produce aquel y que se repara por la pena, sanción *sui generis* y típica del Derecho Penal y generalmente también un daño individual o directo, causado directamente a la víctima en cualquiera de sus bienes jurídicos y que se repara con la indemnización de perjuicios: son las consecuencias civiles que derivan del delito. Pero un delito podría no dañar a otro y, sin embargo, engendrar responsabilidad penal. El daño individual resultante del delito puede ser material o moral, pues cuando el delito produce daño individual, y así ocurre la generalidad de las veces, se trata de un delito penal que a la vez es delito o cuasi delito civil, pues de todo delito nace una acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer una acción civil para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado, tal y como es el espíritu del artículo 93 del Código Penal Peruano (sobre el particular, ver también: Labatut Glena, Gustavo. *Derecho Penal, Parte General*, citado por Tomasello Hart, Leslie. *Op. cit.*, p. 16; y Alessandri, Arturo. *Op. cit.*, p. 209).

nómicos, y aun ciertas relaciones o estados de hecho que se establecen entre personas y cosas, como la clientela, el negocio, etc.

Así, el perjuicio que pueda experimentar una persona (aun cuando esta forme parte como acreedora de una relación jurídica obligacional), no es siempre de naturaleza patrimonial en estricto; dicho perjuicio puede afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos.

En ese sentido, resultaría mezquino desarrollar un reconocimiento limitado del daño moral a ciertos sectores del Derecho positivo.

15.3.2.3. El daño moral en diversos aspectos de ilicitud e incumplimiento contractual

Conviene, a modo ilustrativo, destacar algunas de las precisiones planteadas por la doctrina, en torno a la aceptación y acatamiento de dicha figura en los actos ilícitos, en los delitos, en los cuasi delitos y en el incumplimiento contractual.

15.3.2.3.1. El daño moral en los actos ilícitos

Según se recuerda, el acto ilícito es la violación del deber de no dañar a las personas, en sí mismas o en sus bienes, *naminem laedere*. La configuración del daño no es suficiente para que estemos frente a un acto ilícito; es preciso, además, que ese daño sea el resultado del obrar antijurídico.

Dentro de ese contexto, el acto ilícito que causa un daño moral, implica que el obrar libre de una persona, fuera de los requerimientos o exigencias preexistentes, frente a sus semejantes, en la vida comunitaria diaria —en la calle, en los medios de transporte, en las relaciones de vecindad, en la circulación, en la práctica de deportes— se concrete en dolores físicos, dolores psíquicos, menoscabos en las afec-

ciones, detrimentos en la seguridad personal, limitaciones o pérdidas en el goce de los bienes, etc.

Así, en materia de actos ilícitos, el agravio moral supone la privación o disminución de bienes que tienen valor principal en la vida de los hombres, y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los sagrados afectos.

Sin embargo, los tribunales de varios países han sostenido que la reparación del agravio moral no procede si solo involucra daños triviales, en particular, los derivados de la carencia transitoria de ciertos bienes. En ese orden de ideas, se ha precisado que no da lugar al resarcimiento del daño moral, la mera incomodidad, consecuencia del suceso ocurrido, si no se ha probado que el hecho originase angustias, depresiones u otros estados psíquicos que por su importancia adquieren relevancia suficiente en la personalidad del individuo.

15.3.2.3.2. El daño moral en los delitos y cuasi delitos

La doctrina es unánime al enunciar, como hipótesis comunes de ilícitos productores de agravio moral, a las siguientes:

(a) El homicidio

Sin duda alguna, las «personas vivas» que tienen *iure proprio*, están legitimadas a accionar por agravio moral, derecho derivado de la muerte de un ser querido que hiere gravemente las afecciones legítimas. Es, a decir de los autores, un típico sufrimiento psíquico: angustia, tristeza, soledad, un verdadero trauma.

El criterio de la doctrina es mayoritario al considerar como legitimados activos, exclusivamente a los herederos forzosos: cónyuge, ascendientes y descendientes.

De ahí que Mosset Iturraspe[324] indique que la muerte del cónyuge, que integra nuestra vida; de los padres, que nos dotaron de ella y guiaron los primeros pasos; de los hijos, que son un desprendimiento de la propia vida, acarrean daños morales tremendos e imborrables.

(b) Lesiones

Las lesiones pueden también aparejar daños patrimoniales y morales, en la medida que incidan sobre la actividad laboral o productiva de la persona y en cuanto a sufrimientos físicos o psíquicos.

Resulta claro que el daño moral, en el caso de lesiones, comprende las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes, y los indudables padecimientos que ha debido soportar, tanto físicos como espirituales.

(c) Privación de la libertad

La doctrina se refiere específicamente a aquellos delitos a través de los cuales se atenta contra las libertades de movimiento y locomoción, haciéndose extensiva a otras manifestaciones, como la determinación económica y social. Entonces, el daño moral adopta el rostro de «molestias en la seguridad personal».

(d) Ilícitos contra la honestidad

Dentro de esta denominación, la doctrina ubica a las figuras penales como el estupro, la seducción, la violación, el rapto, la prostitución, el ultraje al pudor, etc., donde sin lugar a dudas

[324] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Ediar: Rubinzal-Culzoni, 1981, tomo II-B, p. 183.

el daño moral se encuentra presente en casi todos los supuestos, por no decir que en la integridad de ellos. Empero, se ha sostenido que deberá tenerse en cuenta las circunstancias personales de la víctima —situación social y familiar, medio en que se desenvuelve, etc.— para la fijación de la cuantía.

(e) Ilícitos contra el honor

Según refiere una ilustrativa jurisprudencia argentina del año 1975 (Bahía Blanca), «Tanto en la calumnia como en la injuria la reparación del daño moral causado por el ilícito no tiene por objeto satisfacer un encono, ni el de proporcionar un enriquecimiento patrimonial, sino el otorgamiento de una suma de dinero como forma de sancionar el agravio; no puede tener otro significado, a falta de medios mejores, que el de compensar los padecimientos naturales que impone a la subjetividad del injuriado o calumniado el injusto ataque a su dignidad y hombría de bien caprichosamente mancilladas».

Son ilícitos que originan sufrimientos psíquicos innegables, verdaderas y graves alteraciones en los estados del espíritu, en la medida en que restan paz y tranquilidad.[325]

(f) Ilícitos contra los bienes[326]

Aquí la doctrina afirma que no se trata ya de un daño moral que se desprenda o infiera de los mismos hechos (de ahí que sea necesaria su probanza), sino que ella estará dada por la demostración del especial goce que el bien originaba o de la intensidad de la afección.

[325] *Ibidem*, p. 232.

[326] Hurto, usurpación, robo, extorsión, estafa, usura, quiebra, daño y otras defraudaciones, conforme al Código Penal Peruano de 1991.

(g) Algunas legislaciones también admiten a los ilícitos o atentados contra los atributos familiares de la personalidad: divorcio, nulidad de matrimonio, adulterio, bigamia.

Según difundida opinión, a la cual nos aunamos, no puede dudarse que las cuestiones vinculadas a las situaciones de familia sensibilizan grandemente a las personas comprometidas en ellas y son, por tanto, propicias a generar sufrimientos psíquicos y menoscabos afectivos.

(h) La jurisprudencia extranjera ha admitido la responsabilidad por daño moral en casos de utilización indebida del nombre.

Así, se ha resuelto que el amparo dispensado al nombre de las personas visibles o públicas atiende a la trascendente función que él tiene y no a la mayor o menor notoriedad que pudiera haber alcanzado en la vida social.

(i) La violación de la imagen

En un importante fallo, los tribunales argentinos han sostenido que: «La simple publicación de la fotografía de una persona con fines comerciales sin la debida autorización legal, genera un daño moral que debe ser reparado»; agregando que: «Si hay un derecho a oponerse a la publicación de la imagen, con independencia de perjuicios materiales, su violación importa por sí sola un daño moral. De otro modo no se alcanzaría a explicar la razón de ser del derecho a la propia imagen, sino cuando en su difusión estuvieron implicados bienes susceptibles de apreciación pecuniaria».

El referido fallo del 6 de marzo de 1982, recaído en el expediente N.° 714 (Cámara Nacional Civil de Argentina), agrega que «la violación de la voluntad de la persona que no autorizó la reproducción artística o fotográfica de su imagen, es, por sí

sola, un mal de tipo moral, que se concreta en la misma molestia de ver avasallada la personalidad, la voluntad individual de que no se difundan los rasgos de su fisonomía, que en la generalidad de los casos responde a un delicado sentido del recato». Y concluye señalando que: «La indemnización por daño moral, fundada en el artículo 31 de la Ley N.° 11723, es procedente con independencia de las circunstancias que rodean el caso y aun cuando las características del retrato no traigan aparejada una lesión al honor ni un descrédito a la personalidad por suscitar el ridículo o el desdoro».

(j) Se aprecia de la doctrina, asimismo, que cada vez con mayor frecuencia los tribunales vienen acogiendo reclamos basados en el daño moral emergente de acciones judiciales infundadas; o como se señala en casos extremos, no de aquellos en los cuales la pretensión pudo parecer razonable.

Así, por ejemplo, resulta indiscutible —para cierto sector doctrinario— el agravio moral padecido por un propietario, ante la actitud injusta de un demandante que ejecutó la prenda por saldo de precio que ya había sido pagado, obteniendo un secuestro por varios meses del bien materia de la litis. Resulta también procedente, según dicho criterio, la sanción por daño moral causado a la víctima a raíz de la traba dolosa de embargo de sus sueldos; aquí, se dice, el padecimiento moral resulta innegable, no solo por el descrédito que pudo suscitar dicho embargo, sino simplemente por el mismo hecho de haberse visto ejecutada la víctima como deudora morosa. Así, la sanción que apareja, por lo común y ordinario, la acción infundada, es el pago de costos y costas.

(k) En torno de las actividades industriales, relativas al tema de la responsabilidad por los productos elaborados, cierto sector de la doctrina señala que el daño moral aparece aquí como re-

sultado del perjuicio en la salud del consumidor (sea sufrimientos físicos o psíquicos), y debe indemnizarse aunque la responsabilidad se base en una atribución objetiva, sin que la pretendida tarifa o el seguro obligatorio sean obstáculo para ello.

(l) En lo que respecta a la responsabilidad referida a las actividades profesionales, cualquiera que sea su especialidad, ella se caracteriza —superando el tratamiento benigno o contemporizador de antes— por ser integral, comprensiva de los daños patrimoniales y morales.

(m) Derecho moral de autoría y personalidad artística

El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística (marca, patente de invención, titularidad de un diseño, etc.), comprende facultades o derechos patrimoniales (la publicación, ejecución, representación, exposición, enajenación, etc.), y también un derecho moral de autoría, que se concreta en el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título en las impresiones, copias o reproducciones, así como la mención de su nombre o seudónimo como autor.[327]

En cuanto a la personalidad artística, se ha precisado que esta comprende la facultad de disponer de ella a su voluntad y hasta los límites que le impone el derecho de los demás, así como la de exigir de otro sujeto el cumplimiento de un deber, correlativo a dicha facultad. Si existiera una lesión a ese bien extrapatrimonial que es la personalidad artística, se justifica su reparación.

[327] Está claro el derecho a una indemnización por concepto de daño moral, cuando se viole este derecho moral de autoría, en cualquiera de las facultades que abarca o comprende.

15.3.2.3.3. El daño moral en el incumplimiento contractual

La procedencia de la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual se discute desde antiguo en la doctrina. Ello, a consecuencia, por un lado, de la falta de una norma expresa sobre el tema en algunas legislaciones y, por otro, en consideración a la característica de que toda prestación (objeto de la obligación) debe ser susceptible de apreciación patrimonial.

Profesores como Guillermo A. Borda,[328] por ejemplo, no se muestran partidarios de la indemnización del daño moral contractual, o al menos en sentido amplio, pues solo lo admiten para ciertos contratos, cuyo fin sea exclusiva o predominantemente moral.

Así, el citado jurista ha comentado que la ley debe ser más severa con el autor del hecho ilícito que con quien incumple una obligación. En el respeto de una norma jurídica está comprometido un interés de orden público. Su violación causa un perjuicio grave e inmediato de orden social; importa un escándalo desde el punto de vista del derecho positivo.

Borda reconoce que también es cierto que existe un interés general en que los contratos sean cumplidos, pero ese interés público, desde su óptica, solo juega de manera mediata. Lo inmediato es solo un interés privado. Y por ello luego agrega que la ley ha sido más rigurosa al considerar la indemnización del daño moral en los hechos ilícitos que en el incumplimiento contractual.

Otro argumento favorable a la regulación distinta del daño moral en el campo extracontractual y contractual, apunta a un aspecto más

[328] Borda, Guillermo A. *La reforma de 1968 al Código Civil.* Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1971, pp. 200 y ss.

concreto y específico: el daño moral es una especie no habitual, pues la mera connotación de orden psíquico que aparece como efecto común del incumplimiento, no es suficiente para configurar dicho daño. Se sostiene, además, que lo puramente psíquico no cae en la esfera del Derecho.

Pero veamos cuáles resultan ser los sustentos más jerarquizados y actuales que se inclinan por acoger el daño moral en el ámbito contractual.

La doctrina considera a la obligación como un «vínculo jurídico» o «relación jurídica», lo que significa un lazo que une al deudor con el acreedor sancionado por la ley. Ello es lo que distingue a la obligación de otras normas éticas, como los preceptos morales, que precisamente carecen de coercibilidad.[329] La única forma, como se sabe, de que la persona obligada pueda romper el vínculo, es realizando la prestación debida, o sea pagando, lo que resulta ser la manera normal de extinguir la obligación. Asimismo, esta obligación tendrá un objeto que se traduce en el hecho de que el deudor queda colocado en la necesidad de ejecutar a favor del acreedor una prestación (dar, hacer o no hacer algo). De lo anterior se concluye —en palabras de Ramón Meza Barros—,[330] que la ley dota al acreedor de un conjunto de medios o recursos para conseguir las ventajas que la obligación está naturalmente llamada a reportarle.

Los efectos de las obligaciones, entonces, son el conjunto de medios que la ley pone a disposición del acreedor para obtener su cumplimiento íntegro y oportuno, y están constituidos por los siguientes[331]:

(a) Como se recuerda, el primer derecho que la ley confiere al acreedor es la ejecución forzada, pues la obligación ha sido contraída para ejecutarse, y si el deudor no lo hace, el acreedor está facultado a constreñirlo por la fuerza.

(b) Asimismo, según viéramos en su oportunidad, el acreedor tiene otros derechos «auxiliares» encaminados a mantener el patrimonio del deudor en condiciones de poder afrontar las obligaciones contraídas. Dichos derechos persiguen impedir que el patrimonio del deudor disminuya, de modo que se torne insuficiente para responder por sus obligaciones. Entre ellas tenemos a las medidas conservativas, la acción revocatoria o pauliana, la acción subrogatoria u oblicua, la acción directa, la acción de nulidad o anulabilidad por simulación, etc.

(c) Si al acreedor le es imposible obtener la ejecución forzada de la obligación, porque su propia naturaleza pone un obstáculo insalvable (como sucede con frecuencia en las obligaciones de hacer), el acreedor puede procurarse una satisfacción equivalente al objeto de la obligación y exigir que se le reparen los daños que el incumplimiento ha podido ocasionarle. Es decir —como recuerda Federico Puig Peña—,[332] si no se puede cumplir la obligación en forma específica, la reacción del Derecho se proyecta entonces directamente contra el patrimonio del

[329] Sobre el particular, remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis sobre la Teoría General de las Obligaciones en la Primera Parte de este Tratado (Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.* Primera Parte, tomo I, pp. 71 y ss.).

[330] Citado por Tomasello Hart, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 21.

[331] Sobre la materia remitimos al lector a lo expresado con ocasión del análisis de dichos efectos (Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.* Primera Parte, tomo IV, pp. 15-118).

[332] Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, vol. I, tomo IV, pp. 297 y 298.

deudor, a fin de extraer del mismo la cantidad de bienes suficientes para que quede restaurado el desequilibrio económico provocado por el incumplimiento de aquel. Ello constituye el resarcimiento o indemnización de los daños y perjuicios.

Así, si se tiene en cuenta dicho esquema —que ahora se presenta de modo resumido—, no admitir la reparación del agravio moral en el ámbito contractual, significaría contradecir ese mismo esquema: el concepto en sí de la obligación, sus elementos y efectos.

El hecho de establecer que las prestaciones objeto de las obligaciones —y estas, a su vez, de los contratos— deben ser susceptibles de apreciación pecuniaria, no constituye ningún impedimento para la vigencia de la tesis favorable al resarcimiento de los daños morales en la responsabilidad contractual, pues como se recalcara anteriormente, un concepto es el contenido de la prestación y otro distinto son los intereses o bienes que resultan afectados por el incumplimiento de la obligación.

Según señala la doctrina, para entender lo antes expresado hay que recordar la distinción entre patrimonialidad del interés y patrimonialidad de la prestación, las mismas que no aparecen necesariamente juntas en los actos jurídicos y, por ende, en los contratos.

Así, por ejemplo, Emilio Betti[333] afirma que debe intuirse tanto la necesidad de distinguir la prestación en sí misma considerada, como el interés a satisfacer al cual sirve la prestación, en cuanto es destinada a aportar al acreedor una utilidad (la cual, aunque es apreciable en la vida de relación, no es valuable en dinero en sí misma considera-

[333] Betti, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, tomo I, p. 56.

da), a satisfacer un interés típico que, por sí mismo, no se reduce a una valoración pecuniaria, como por ejemplo el interés por la cultura, la salud u otros semejantes.

Con el propósito de ilustrar dicha distinción, el referido autor expone que las utilidades que suelen procurar las actividades del maestro, el médico o el abogado, al alumno, al paciente o al cliente, respectivamente, podrán tener algunas veces relevancia económica, pero por lo general son de carácter inmaterial. Las enseñanzas del maestro, la salud que debe devolver el médico o la obtención del éxito en la causa judicial a favor del cliente, tienden a la satisfacción de un interés, pero el interés por recobrar la salud, la adquisición de cultura, o el éxito de una causa, independientemente de las posibles consecuencias económicas, es un interés que no es ciertamente susceptible de una valoración patrimonial, es un interés puramente moral.

Dentro de ese contexto, cuando la responsabilidad contractual se atribuye al incumplimiento o mala ejecución de la prestación a la que alguien estaba obligado en razón del contrato y ese incumplimiento o mala ejecución estaban directamente encaminados a satisfacer un interés extrapatrimonial del acreedor, el daño será también directamente extrapatrimonial.

Es lo que sucede, por ejemplo, con los daños derivados de la actividad médica o «mala *praxis*», como la denominan ciertos autores. No hay duda que dicho caso puede acarrear no solo daños patrimoniales, sino también extrapatrimoniales. Si por negligencia o imprudencia el cirujano provoca lesiones al paciente, es cierto que podrá haber daño patrimonial emergente consistente en los gastos de curación y convalecencia de las lesiones, y lucro cesante por las ganancias que el paciente dejó de percibir durante esa convalecencia, pero también es verdad que dichos daños patrimoniales son «indirectos», pues se padecieron en razón de un ataque ilegítimo (la «mala *praxis*») a la

integridad personal —sea corporal, física o psíquica— que es, como tal, un interés no patrimonial del paciente.[334]

Por lo expuesto, más de un autor considera equivocados algunos fallos en los que se vincula el daño moral con el patrimonial y, ante la inexistencia de este último, se juzga paralelamente que no es resarcible aquel.

Recuerdan ciertos tratadistas —dado que se considera un caso típico— el resuelto hace algunos años en la Capital Federal Argentina: a raíz de una intervención quirúrgica de hígado, con ocasión de la cual quedó alojada en dicho órgano de la paciente una aguja de sutura, se imputó al cirujano interviniente responsabilidad por el oblito (según informa Eduardo Zannoni,[335] el término «oblito» designa los olvidos de los cirujanos o asistentes en las intervenciones quirúrgicas de retirar instrumentos utilizados, compresas, gasas, etc.). Obviamente, estaban en juego dos presupuestos de esa responsabilidad: la culpa del médico y la naturaleza del daño. En cuanto a lo primero se consideró que el «olvido» de la aguja de sutura era puramente accidental y no imputable a culpa o negligencia. En cuanto a lo segundo, si bien se estaba ante un oblito que, según lo hicieron saber los peritos médicos intervinientes, no traería trastornos orgánicos de ninguna índole y que no se justificaba una nueva operación para extraer la aguja del parénquima hepático, la paciente demandó en razón del daño moral experimentado por los temores fundados sobre su salud y por el estado de alteración nerviosa que experimentó y la angustia permanente de saber que la presencia de un cuerpo extraño en el hígado podía, eventualmente, causarle daños mayores.

[334] Al respecto, veáse Bueres, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires, 1979, pp. 46 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires, 1979, pp. 91 y ss.; y Zannoni, Eduardo A. *Op. cit.*, pp. 270-273.

[335] Zannoni, Eduardo A. *Op. cit.*, p. 272.

El tribunal consideró que si bien pudo existir en la demandante una preocupación a nivel emocional, ella debía desaparecer al conocer mediante los exhaustivos dictámenes de los peritos médicos, la inocuidad del oblito. Y por esta razón los jueces resolvieron que aun cuando coincidían en que las angustias y los temores eran coherentes y razonables al tiempo de demandar, no juzgaban que hubiera existido daño resarcible o que él subsistiera.[336]

Sin embargo, la doctrina anota que el tribunal no advirtió, en este punto, que el interés de la paciente a través de la cirugía de hígado (colecistectomía en el caso concreto), era el restablecimiento de la salud del órgano *lato sensu*, y que el mentado oblito, aun cuando fuera inocuo, pues no produciría daños futuros orgánicos, había provocado un indudable sufrimiento, angustia o mortificación psíquica y que estos eran consecuencia de la lesión a un interés jurídicamente protegido: la integridad corporal.

Compartimos esta apreciación, ya que no podemos imaginar a persona alguna obligada a tolerar el hecho de llevar de por vida una aguja de sutura en el hígado debido a un «olvido quirúrgico». Pues, como se anota, el agravio consiste precisamente en que dicha persona sabrá que —muy eventualmente, si se quiere— portando un cuerpo extraño en un órgano visceral, puede sufrir un desmedro en su salud (o incluso en su vida). Quizás no importe que «médicamente» ese riesgo no exista; pero lo que sí importa realmente, es que el paciente sienta menoscabada su integridad corporal.

[336] Teniendo en cuenta el tipo de relación que exista entre el daño y el acto u omisión que lo ha provocado (si se trata de una relación inmediata o directa), aquél se clasifica en daño directo (inmediato) y daño indirecto (o mediato), clasificación que suele relacionarse con la distinción entre daño intrínseco y extrínseco, la misma que atiende a que el daño se produzca sobre la prestación misma o sobre otros bienes no comprendidos en ella (Véase al respecto, OMEBA. Enciclopedia Jurídica, *Op. cit.*, tomo V, pp. 603 y 605).

Como puede apreciarse del ejemplo citado, la responsabilidad contractual puede existir o generarse en razón de un interés extrapatrimonial directamente lesionado, y no como suele señalarse, que todo daño moral por incumplimiento contractual parte necesariamente de un perjuicio patrimonial.

Según se indicara, el interés depositado en la celebración de un contrato (la ejecución del mismo), puede ser patrimonial o afectivo, o incluso compartir ambos conceptos.

En tal sentido el incumplimiento de ese contrato presupone, sí, la frustración de la expectativa de los contratantes *in bonis*, respecto del objeto del acto o negocio; pero, además, ello deriva en un efecto común que es una cierta conmoción psíquica (o como lo denominan ciertos autores, un desequilibrio en el estado de paz espiritual) y dicha conmoción hace que, muchas veces, la certera entidad del daño moral resarcible, sea la base de la sanción a pagar una indemnización.

Cabe anotar, sin embargo, que el mero estado de inseguridad o el eventual fracaso del interés contractual, no justifica la reparación de un daño moral. La incertidumbre, molestias y demás padecimientos que soporte un contratante cumplidor frente al incumplidor, no son, como dicen algunos, entidad suficiente para considerarlos como daño moral. Así, se establece como principio general que en materia contractual el daño moral no se presume, y quien invoque dicho agravio debe probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia.

En lo que respecta a la actuación de los jueces, estos deben analizar en cada caso particular las circunstancias fácticas y así poder determinar si los hechos tienen «capacidad» suficiente para producir lesión en las afecciones legítimas del accionante que reclama indemnización.

Dentro de ese contexto, la doctrina pone énfasis que en esta materia hay, por la propia índole de la cuestión, un margen muy grande

de apreciación judicial, que no puede desconocerse; no se trata solamente de verificar si hay daño o no, puesto que tal comprobación, tratándose del daño moral, no es nada simple; se trata, además, de apreciar su magnitud, entidad o cuantía, para evitar hacer lugar a reclamos insignificantes o caprichosos. Y para ello no basta con una norma imperativa abstracta y genérica, pues es preciso conocer todas las circunstancias del caso (de la propia víctima y también del victimario).

De otro lado, conviene también abordar el punto referente a la extensión del daño moral resarcible en el incumplimiento contractual (en confrontación con las tesis resarcitoria y punitoria, que —como viéramos anteladamente— todavía hoy se debaten).[337] Para ello, partiremos de la distinción entre el daño moral inmediato y el daño moral mediato resarcible.[338]

La distinción se centra en determinar si el daño moral es consecuencia inmediata, directa y necesaria del incumplimiento de la obligación o si su producción resulta de la conexión del incumplimiento (o ineficacia sobreviniente imputable) de la obligación por un acontecimiento distinto que no pudo preverse.

---

[337] Resulta oportuno recordar que la responsabilidad contractual no solo opera ante el supuesto de incumplimiento, en estricto (claro está que tal incumplimiento encaja en la previsión de los efectos de las obligaciones que, en torno al acreedor, permiten que este obtenga del deudor las indemnizaciones correspondientes), sino que también se hace presente en los supuestos de nulidad de los contratos respecto de la parte que supo o debió saber del vicio que los invalidaba, aun en los casos en que no fuese posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad de los actos. De igual modo, dicha responsabilidad se hace presente en los casos de ineficacia sobreviniente de los contratos (fuere por imposibilidad de cumplimiento imputable a una de las partes, por resolución, etc.) y por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones asumidas.

[338] Teniendo en cuenta el tipo de relación que exista entre el daño y el acto u omisión que lo ha provocado (si se trata de una relación inmediata o directa), aquél se clasifica

Al respecto, resulta ilustrativo el tenor del artículo 901 del Código Civil Argentino, que señala: «Las consecuencias de un hecho que acostumbre suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código 'consecuencias inmediatas'. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman 'consecuencias mediatas'. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman 'consecuencias casuales'».

Dentro de ese orden de ideas, la cuestión está en dilucidar si solo es indemnizable el daño moral que sea consecuencia inmediata del incumplimiento contractual o si también lo es el daño moral mediato.

Hemos señalado en líneas precedentes que dicha cuestión será resuelta en confrontación con las tesis resarcitoria y punitoria.

Para la tesis punitoria, la procedencia o reparación del daño moral es admitida a criterio del juez, quien puede o no sancionar dicha reparación, teniendo en consideración no solo el daño (moral) ocasionado, o sea, la naturaleza del hecho generador de la responsabilidad, sino, además, las circunstancias del caso.

Como la tesis punitoria parte de esos presupuestos, para ella no cualquier daño moral es indemnizable, sino solo aquel que derivara de un incumplimiento a propósito, de una violación de la voluntad contractual verificada intencionalmente con la mira puesta en provocar «malignamente» ese resultado. Si, por el contrario, la afección moral fuese una consecuencia indirecta del mero incumplimiento, entonces su posible satisfacción escapa a las reglas de ser una «consecuencia inmediata y necesaria», porque no se reconocería en ella una «inejecución maliciosa».[339]

en daño directo (inmediato) y daño indirecto (o mediato), clasificación que suele relacionarse con la distinción entre daño intrínseco y extrínseco, la misma que atiende a que el daño se produzca sobre la prestación misma o sobre otros bienes no comprendidos en ella (Véase al respecto, OMEBA. Enciclopedia Jurídica, *Op. cit.*, tomo V, pp. 603 y 605).

Adviértase que la tesis punitoria restringe, pues, el ámbito donde el daño moral es resarcible. Solo resultan resarcibles, para dicha tesis, los daños morales que deriven de la inejecución dolosa y que sean —por ende— consecuencia inmediata de dicha inejecución. Es decir, solo son resarcibles los daños morales inmediatos.

Sin embargo, la doctrina ha señalado que concebir un agravio moral que solo aparezca como consecuencia inmediata de la inejecución (maliciosa), es una afirmación en realidad antojadiza.

El fundamento que se expone es el siguiente: resulta claro que disponer la reparación del daño moral es una facultad netamente judicial, pero los autores coinciden en que dicha facultad no se ejerce arbitrariamente, pues está en función con el control de mérito indispensable en relación con la naturaleza o índole del hecho generador de la responsabilidad contractual y las circunstancias del caso.

Claro está —y en eso creemos que no hay duda— que pueden presentarse situaciones en las que el incumplimiento contractual no acarree daños morales, como ocurre generalmente, a decir de la doctrina, en el incumplimiento de las obligaciones mercantiles, ya que dichas relaciones tienen como fin último a la actividad intermediadora con fines lucrativos o venales. Pero cuando dicho incumplimiento sí las provoca, el resarcimiento no puede ser negado o recortado arbitrariamente.

Ahora bien, en lo que respecta a la interrogante de que si solo son resarcibles los daños morales inmediatos o lo son también los mediatos (en contraposición a la tesis punitoria), somos de la opinión —al

[339] Zannoni, Eduardo A. *Op. cit.*, pp. 277 y 278.

igual que un sector dominante de la doctrina— que el hecho de resarcir un daño moral mediato en la inejecución contractual, constituye una situación difícil pero no imposible; por lo menos en cuanto a si tal situación realmente se presente.

A modo ilustrativo, exponemos dos ejemplos. El primero fue planteado por el profesor argentino Mayo: «Los novios contratan el servicio para el banquete de la fiesta de bodas. Llegado el momento, la empresa que debía prestarlo no lo realiza, con lo que los recién casados deben soportar ante todos sus invitados la humillación de cancelar el banquete. He aquí un daño moral que es consecuencia necesaria e inmediata del incumplimiento. Pero supóngase que, además de la humillación, la esposa, como consecuencia, enferma gravemente y cae en una depresión aguda que la menoscaba frente a la sociedad en que se actúa. He ahí un daño moral que es consecuencia mediata del incumplimiento, pues se vincula con un hecho distinto a él: la enfermedad nerviosa que provoca la depresión aguda y el agravio consiguiente. Este último no será indemnizable si el incumplimiento fue culposo, pero si se probase que fue doloso, malicioso, también integraría el rubro de daños resarcibles».

El segundo ejemplo, cuya autoria nos pertenece, expone lo siguiente:

Una anciana de más de ochenta años de edad, cuenta como único recuerdo gráfico de su madre (a la que nunca conoció, pues falleció cuando la alumbró), una vieja fotografía en blanco y negro, dentro de un desaliñado marco de madera picado, que mantiene con profundo cariño encima de su modesta mesa de noche.

Con la finalidad de cambiar el marco por uno nuevo, acude a una vidriería para que le elaboren otro del mismo modelo, para lo cual deja su preciado recuerdo que le servirá de muestra al contratista.

La anciana abona el 50% del precio y se conviene el día siguiente como plazo de entrega.

Pero esa noche empezó a trabajar en la vidriería un nuevo encargado de la limpieza, quien, mientras ejecutaba su labor, deja caer varias cosas que se encontraban encima de una de las mesas de trabajo. Entre ellas estaba no solo la orden de pedido de la anciana de nuestro ejemplo, sino también su entrañable cuadro, al que le cayó cierta cantidad de barniz que terminó por deteriorar la ya gastada fotografía.

El empleado de limpieza, por error, coloca todo en una bolsa de basura, en la noche la pone en la puerta del local, más tarde la recoge el camión de baja policía, la lleva a un relleno sanitario y antes de que amanezca, los chanchos destruyen el viejo cuadro y la deteriorada fotografía.

Al día siguiente, cuando la anciana se entera del incidente que acarrea no solo el incumplimiento de la obligación asumida, sino también el hecho de que ha perdido para siempre su fotografía, entra en un terrible *shock* que en los días sucesivos deviene en una enfermedad nerviosa, deprimiéndola atrozmente con notables signos de deterioro físico.

A la luz de la legislación argentina, los supuestos planteados en el extremo del daño moral mediato, solo serían indemnizables si se probase que el incumplimiento fue doloso, no, en cambio, si el incumplimiento fue culposo. Ello, porque sobre dicha materia existen en el Código Civil Argentino, tres normas que se integran, a saber:

Artículo 520.- «En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación».

Artículo 521.- «Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas».

Artículo 522.- «En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso».

Si, por el contrario, aplicamos los supuestos planteados a la legislación nacional, la solución es distinta, pues en virtud de lo dispuesto por los artículos 1321, 1322 y 1332 del Código Civil Peruano, podemos afirmar que no existe un régimen especial en torno al daño moral, ni se restringen sus consecuencias indemnizatorias, incluyendo tanto lo mediato como lo inmediato, dentro de la valoración equitativa que ejerce el juez para determinarla.

Al respecto, comentando el artículo 1322 del Código Civil Peruano, Max Arias-Schreiber Pezet[340] sostiene que si bien es difícil mensurar el daño moral, ello tendrá que someterse en definitiva al criterio de conciencia del juzgador. Por otra parte, anota que si bien es cierto que el dinero con el cual se pretende reparar este tipo de daño no lo compensa, pues no equivale al «dolor sufrido», sí tiene un contenido sancionador para quien lo causó y puede actuar como un factor disuasivo que evite su comisión. Finalmente, acota el citado autor peruano, no se trata de ponerle precio al dolor, lo que evidentemente es contrario a la moral, sino lo que se busca es sancionar a quien lo produjo y utilizarlo como un freno u obstáculo contra un posible infractor.

En suma, tal y como lo recuerda la doctrina, el perjuicio que experimenta un acreedor, no siempre es de naturaleza patrimonial. Aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como

[340] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Luces y Sombras del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Librería Studium, 1992, tomo II, pp. 62 y 63.

aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos.

En ese sentido, las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales, o de daños morales que engendren o no perjuicios económicos.

Conforme anotáramos en líneas precedentes, es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, pero ello no es objeción para que no se reparen cuando se pruebe su existencia.

Así, en el campo contractual, al igual que en el extracontractual, es mejor buscar una reparación imperfecta —la entrega de una suma de dinero por concepto indemnizatorio—, a dejar, simplemente, sin protección alguna un derecho vulnerado. En ese sentido, cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia o naturaleza.

15.3.2.4. Valoración y prueba para la reparación del daño moral

Otra cuestión a la que se enfrentan la doctrina y las legislaciones, en torno al tema del daño moral, es lo concerniente a la medida y valoración práctica de tal daño.

La discusión se centra en dos aspectos fundamentales: su convertibilidad en dinero, a fines de su reparación, y si al determinarse la cuantía de tal reparación estaremos ante un resarcimiento real o simbólico, para lo cual deben fijarse ciertos criterios.

Afirma la doctrina que de nada vale sostener que debe resarcirse a la víctima por daño moral, para luego, al momento de determinar el monto de la indemnización, hacerlo con una suma puramente simbólica, que nada compensa; o bien, hacerlo arbitraria o caprichosamente. «Ni indemnizaciones simbólicas o insignificantes; ni indemni-

zaciones enriquecedoras; ni indemnizaciones arbitrarias. Nada de eso hace bien a la idea de justicia y equidad que se busca consagrar».[341]

Si bien existen distintos criterios para determinar la cuantía de la reparación del daño moral, los mismos que fútilmente varían entre las legislaciones, los autores coinciden, sin embargo, en que dicha reparación debe guardar relación adecuada, en punto a su valor o importe, con la intensidad del «dolor» padecido.

Al respecto, José A. Martín de Mundo[342] señala que el cálculo de lo moral en el amplio cuadro de la reparación integral es solo una cuestión de hecho comprobada en la realidad de la vida: son las circunstancias de persona, lugar y tiempo, en defecto de las previsiones contractuales, las llamadas a establecer el criterio judicial sobre la cantidad y procedencia de la indemnización pedida, con arreglo, naturalmente, a la prueba producida por el acreedor reclamante en las actuaciones que se consideren.

Autores como Mosset Iturraspe[343] y Ravazzoni,[344] indican que en la evaluación del daño en sí, cabe dilucidar si priman los criterios objetivos o subjetivos. El o los criterios objetivos parten, en sede de daño moral, del «hombre medio», del «interés tipo», del «sufrimiento normal». El o los criterios subjetivos, en cambio, atienden al perjudicado en concreto, a su «dolor», a su situación personal, con base en su sensibilidad, su entorno, sus circunstancias.

Por lo demás, conviene abordar los principales criterios que adoptan los autores, a fin de evaluar el daño y fijar la cuantía del resarci-

[341] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo IV, p. 189.
[342] De Mundo, José A. Martín. *El daño moral en la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia, en La Ley 62*, 1951, p. 163.
[343] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo I, p. 282.
[344] Ravazzoni. *La reparación del daño no patrimonial.* Milano, 1962, p. 92.

miento. Dichos principales criterios son los que se mencionan seguidamente.

15.3.2.4.1. Determinación de la cuantía en atención al daño patrimonial

Este criterio valorativo parte de justificar una cierta simetría entre el daño patrimonial y el daño moral en orden a su reparación.

Si bien este discernimiento tuvo varios voceros en Italia, España, Francia y Argentina, ya ha sido rechazado por la doctrina.

Dicha objeción a la proporcionalidad entre el daño patrimonial y el daño moral, parte de considerar la autonomía de este y, además, conforme lo indicamos, no todo daño moral es necesariamente consecuencia de un perjuicio patrimonial.

Partir de esa «vinculación» no resulta razonable, ya que algunas veces los daños materiales pueden resultar exorbitantes y efectivamente no guardar relación con el daño moral producido; o, en cambio, pueden presentarse situaciones en las que el daño moral sea el principal o el único originado.

En razón a esa independencia o autonomía del daño moral, este no tiene por qué tener necesaria vinculación con el daño material (en lo que respecta a su cuantía), pues no son complementarios ni accesorios.

De ahí que la jurisprudencia extranjera haya resuelto en el sentido de que el daño moral tiene condición autónoma y vigencia propia que se asienta en aspectos presentes y futuros, propios del dolor, la herida a los sentimientos, los padecimientos de toda índole que el mal acarrea, las afecciones destruidas, etc.

El daño moral, se agrega, tiene configuración independiente de los detrimentos patrimoniales y de subsistencia y no requiere la prue-

ba de los efectos producidos por el ataque, pues surgen del hecho mismo, *re ipsa loquitur*.

15.3.2.4.2. Determinación de la cuantía con base en la gravedad de la falta

Esta calificación parte, a decir de los autores, de la consideración de que dentro de las circunstancias del caso, necesarias para un juicio equitativo, seguramente se encuentra la culpa del causante.

Así, Renato Scognamiglio[345] anota que en particular la violación de la personalidad humana y la aneja al sentimiento de justicia, será tanto más grave cuanto mayor sea la culpa con que se cometa.

Conforme recalca la doctrina, la gravedad de la falta (que, por ejemplo, en materia de lesiones no significa la gravedad de la lesión causada, sino del hecho productor, por ser un hecho querido o solo producto del descuido o del abandono), debe tenerse en cuenta siempre. Integra las circunstancias del caso, que la equidad impone considerar, sostiene Mosset Iturraspe.[346]

Pero de ninguna manera, se dice, dicho carácter puede ser la razón de ser de la aceptación o el rechazo de la pretensión indemnizatoria, ni por ende el factor determinante de la cuantía.

La cuantía, pues, debe medirse prestando atención a la intensidad del daño moral causado y no con exclusiva importancia al grado de culpabilidad y reprochabilidad del obrar del agente; pues, según viéramos, la indemnización del daño moral tiene por naturaleza no solo el ser «punitorio», sino también un propósito de «resarcimiento o compensación» para la víctima.

---

[345] Scognamiglio, Renato. *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1962, p. 89.

[346] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo IV, p. 196.

15.3.2.4.3. Criterio subjetivo para determinar la cuantía del daño moral

Se señala que la aceptación del daño moral y de su reparación, tiene mucho que ver con la «conciencia social media» de un pueblo. En ese sentido, se acota que el daño moral se infiere de situaciones determinadas que, para el hombre medio —en una comunidad y en un tiempo—, son productoras o causantes de sufrimiento.

Este criterio subjetivo de evaluación ha sido considerado en numerosas sentencias extranjeras bajo la denominación de «circunstancias personales», las mismas que son muy variadas y ricas, alcanzando tanto a la víctima como al victimario; aunque algunos autores sostienen que debe, sin embargo, privilegiarse las «circunstancias de la víctima», en la medida en que el resarcimiento «mira a la víctima», tiende a darle a ella una «cierta compensación», el dolor es el suyo y la indemnización presta oídos a ese dolor.[347]

Las «circunstancias personales» a las que se refieren algunas sentencias, y de las que habla la doctrina, son muy variadas. Así, los autores se refieren a las circunstancias económicas (como las relativas al estado económico o patrimonial), familiares (estado civil, número de hijos, edad, ocupación, etc.) y también espirituales, que dicen de la sensibilidad de cada persona, de la influencia de los hechos exteriores sobre sus estados de ánimo, de su carácter receptivo o no, etc.

Asimismo, se suele distinguir dentro de las circunstancias personales de la víctima, ciertos aspectos que —según se dice— tienen una mayor exterioridad, tales como: la entidad de las lesiones causantes de los padecimientos físicos, su duración y las secuelas, a las que se ha denominado «objetivos», para distinguirlos de otros de carácter

---

[347] *Ibidem*, p. 197.

«subjetivo» (la modificación disvaliosa del espíritu) que, por lo normal, guarda relación con las incidencias objetivas.

Del mismo modo, se dice que la evaluación del daño debe llevarse a cabo en concreto, teniendo en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima, adecuándose a datos reales e individuales que el juzgador debe tratar de aprehender, rechazando lo genérico o ficticio.

Sin embargo, se anota que si bien con dicha valoración y con la consiguiente indemnización no pretende buscarse un enriquecimiento desproporcionado, entonces tampoco debe resultar indiferente la «ruina» del agente —que será innegablemente la ruina de su familia, en la mayoría de los casos—.

Dentro de esa línea de pensamiento, partiendo de una concepción solidaria del Derecho, Mosset Iturraspe[348] admite sin vacilaciones que el desahogo de la víctima y de su familia, aunque no impedirá, de modo alguno, las modificaciones disvaliosas del espíritu, hará menos imperiosa una indemnización de entidad o cuantía patrimonial.

15.3.2.4.4. El criterio de los «placeres compensatorios»

Cuando la doctrina se refiere a los «placeres compensatorios», pretende explicar que si se reclama indemnización por daño moral, de lo que se trata no es de hacer ingresar en el patrimonio de la víctima una cantidad equivalente al valor del dolor sufrido, porque se estaría en la imposibilidad de poner una tarifa a los quebrantos morales, sino de procurar al lesionado otros goces que sustituyan al perdido.

En otras palabras, la suma que se obtiene por indemnización, debe ser adecuada para lograr nuevamente los «goces perdidos». Ello

[348] *Ibidem*, p. 199.

significa que dicho resarcimiento debe cubrir suficientemente las necesidades primarias o sentidas como urgentes y no que apunte a otorgar placeres superfluos o suntuarios.

15.3.2.4.5. El criterio de la prudencia judicial

Creemos, al igual que un sector dominante de la doctrina, que la determinación del resarcimiento por daño moral no tiene que partir de la libertad del juez, ya sea aludiendo al «libre arbitrio» o a la «facultad soberana», pues dicha calificación no resultaría sensata.

Si lo que debe presidir a la responsabilidad —tanto en la esfera contractual como en la extracontractual— es la equidad y la apreciación soberana del juez —en virtud de la norma que sanciona que éste podrá o no establecer la condena a reparar—, ello no significa arbitrariedad ni discrecionalidad.

Así, se recalca que la decisión judicial en la determinación de la indemnización, debe estar fundada en las circunstancias personales de la víctima y victimario; en las circunstancias del caso y en la índole del hecho generador de las consecuencias dañosas.

15.3.2.4.6. Nuestra opinión

Sin duda alguna, los criterios expuestos por la doctrina para la valuación del daño moral, resultan atractivos y meritorios para la consideración no solo de los juzgadores, sino también de todo hombre de Derecho. Conviene, sin embargo, manifestar nuestra reserva en torno a aquel criterio valorativo que parte de considerar la procedencia y la consiguiente cuantía del daño moral, en atención al daño patrimonial, pues conforme lo expresamos, ambas son instituciones autónomas y el resarcimiento del daño moral resulta viable, independientemente de si se muestran juntos o no.

Por lo demás, la reparación en sí no debe hacerse en abstracto, sino concretamente, tomando en cuenta, en cada caso en particular,

la gravedad del hecho antijurídico cometido, los factores subjetivos (u objetivos, según la legislación) de atribución de responsabilidad y la situación patrimonial del agente.

Se recalca que todo ello demarca los alcances de la relación conmutativa y sinalagmática entre el ofensor y la víctima.

De ahí que Eduardo Zannoni[349] sostenga que la fórmula precisa es la siguiente: lo indemnizado es el daño y la determinación del *quantum* tiene que guardar razonable proporción con la entidad del agravio. Asimismo, señala que la relación entre el autor del daño y la víctima, es lo que sintetiza la función jurídica del resarcimiento de justicia.

En suma, siguiendo las apreciaciones del citado profesor argentino, cada juez, en cada caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias del hecho, la conducta del agente, la situación existencial, individual y social, de la víctima o damnificados, etc. condena a la reparación equitativamente —lo que no significa arbitrariamente, o en ausencia de normas jurídicas, o sobre la base de sus puros sentimientos, como erróneamente se cree—, es decir, procurando que la «condena» realice la justicia conmutativa. Tal es el significado que debe darse al «prudente arbitrio judicial» que se reclama en la aplicación de las normas generales.

Por otra parte, otro de los temas relacionados con la valoración del daño moral, es el referente a la prueba que, según dicen los autores, forma parte del «Derecho Procesal de la Responsabilidad» y constituye uno de los puntos capitales, que se ha visto simplificado en buena medida por factores como las reacciones humanas, las deducciones, basándose en lo que es normal u ordinario, los estados de ánimo del hombre tipo o medio, etc.

[349] Zannoni, Eduardo. *Op. cit.*, p. 289.

Aun así, existen varias tendencias en torno a la necesidad de probar el daño moral y aquellas otras que sostienen que no es necesaria dicha probanza, por entender que se desprende de los hechos.

Por ejemplo, se afirma que si la prueba se refiere a la existencia del daño moral, aquella sí es exigida. Por el contrario, si se refiere a la cuantía, se estima innecesario demostrarla, por quedar ello a la apreciación del juez.

Igualmente, se distingue dicha probanza según se trate de un daño moral extracontractual —donde la inferencia se considera más razonable o admisible— o de uno contractual, lo cual requiere demostración.

Esta última distinción resulta ser la más abordada no solo por la doctrina, sino también por cuantiosa jurisprudencia.

Dentro de ese contexto, las deducciones a partir de los hechos *(res ipsa loquitur),* o la inferencia como regla de la experiencia, atendiendo a lo que es normal y ordinario que suceda, son los caracteres que apunta la doctrina como fundamentales para la probanza del daño moral en el ámbito extracontractual.

Al respecto, Stiglitz[350] expone que el daño moral debe ser, en principio, debidamente acreditado. Sin embargo, en casos excepcionales, y de manera especial en el ámbito extracontractual, es posible presumir su existencia, hasta tanto se pruebe lo contrario.

Se alude, igualmente, a una probanza *in re ipsa* del consiguiente daño moral en materia de hechos ilícitos, correspondiendo en todo caso al responsable la demostración de la existencia de alguna situa-

[350] Citado por Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo IV, p. 209.

ción objetiva que permita excluir, en el caso concreto, ese tipo de daño.

El fundamento que se expone en torno a fundar la probanza del daño moral en materia extracontractual en una presunción *(res ipsa loquitur)*, es el siguiente: no todos los hechos ilícitos dañan a la persona causándole un perjuicio en su cuerpo, psiquis, salud o integridad física, etc.; también lo puede hacer en su honor, libertad de movimiento, etc. y tales ataques o agresiones es que se deducen en un sufrimiento moral. No se deduce, por vía de ejemplo, cuando lo dañado son bienes materiales, cosas muebles o inmuebles, o las relaciones jurídicas reales, creditorias o intelectuales.

De los hechos mencionados se explica que primero debe deducirse, por la experiencia, el agravio moral. Con los segundos, daños a las cosas o a los bienes, no ocurre lo mismo; habrá que probar el menoscabo moral.

Abrazando esta posición, Mosset Iturraspe anota que el sufrimiento puede no existir. La condición humana admite complejidades semejantes —dice—, y como somos también humanos y realistas, ello no puede parecernos extraño, según la expresión clásica.[351]

En lo que respecta a la prueba del daño moral contractual, el tratamiento es diferente. Coincide la doctrina en que aquí el daño moral no se presume, puesto que no hay sustento suficiente para ello.

En ese sentido, se sostiene que para la apreciación del daño moral de origen contractual, se debe proceder con rigor estricto; y está a cargo de quien lo reclama aportar la prueba concreta de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de intranquilidad

[351] *Ibidem*, p. 211.

anímica, que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios.

En consideración a las apreciaciones doctrinarias expuestas, podemos inferir, como fundamento general, que puede afirmarse que el daño moral debe ser probado, no solo en cuanto a su existencia, pues conforme lo expresamos, la determinación del daño a indemnizarse y la fijación del *quantum* debe ser proporcional a la entidad del agravio.

Claro está, y en eso compartimos el criterio de la doctrina mayoritaria, la probanza descansa sobre la víctima, pues (por lo general) es el actor de la acción de responsabilidad.

Creemos, finalmente, que dicha probanza puede llevarse a cabo con base en presunciones o indicios, ya que nada impide presumir, porque ello concuerda con las reglas de la experiencia.

15.3.2.5. El daño moral a la persona jurídica

Antes de abordar de lleno este tema, consideramos conveniente recordar los principales conceptos desarrollados en doctrina en torno al daño moral.

Dentro de este orden de ideas, hay un concepto estricto de daño moral que arranca de la vieja idea de *pretium doloris* y que se ha definido como dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado o —según la expresión de Scognamiglio— «dolores y padecimientos de ánimo que integran el reflejo subjetivo del daño injusto».

Al lado de estos daños morales –daños morales en sentido estricto— otros autores han defendido una extensión del área de los daños resarcibles, considerando que las lesiones a bienes de la personalidad (por ejemplo, la integridad física, el honor y el buen nombre, la libertad, etc.) producen —por sí solas— un daño, con independencia

de que han producido repercusiones desfavorables o de que hayan determinado perturbaciones de ánimo.

Entre los civilistas franceses se observa una clara línea en este sentido. Así, por ejemplo, los Mazeaud y Tunc[352] expresan que, teniendo en cuenta la naturaleza del daño, hay que distinguir dentro de los daños morales dos categorías que se contraponen claramente: de un lado, los que afectan a la parte social del patrimonio moral, y atacan al individuo en su honor, reputación y consideración; y de otro, los daños que atañen a la parte afectiva del patrimonio moral y alcanzan al individuo en sus sentimientos y afectos, por ejemplo, el dolor producido por la muerte de una persona querida.

Ahora bien, luego de haber recordado estos conceptos respecto al daño moral, cabría formularnos las siguientes interrogantes teniendo en cuenta las dos principales acepciones de daño moral —en sentido estricto y en sentido amplio—, ¿cómo sostener que las personas jurídicas o de existencia ideal puedan ser sujetos pasivos de agravio moral?, ¿estos entes ideales tienen derechos inmateriales, intereses extrapatrimoniales o bienes de tal tipo susceptibles de sufrir un menoscabo?

En torno a las preguntas planteadas, es preciso señalar que un sector de la doctrina –actualmente minoritario— niega que las personas jurídicas puedan ser sujetos pasivos de daño moral. Estos autores sostienen que es imposible considerar que las personas jurídicas contengan en su ser aspectos espirituales propios del hombre, por lo que las consecuencias de los actos nunca les habrán de acarrear daños de ese tipo. Pues, si no hay base anímica, sensibilidad moral, sentido o per-

[352] Mazeaud, Henri y Léon y Tunc, André. Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil y Delictual. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, vol. II, tomo II, pp. 425 y 426.

cepción de los padecimientos físicos, sentimientos y afectos, tampoco podrá ser posible sostener un daño inmaterial. No sería el derecho, no sería el interés como facultad de satisfacción del bien o del derecho, sino el menoscabo, la base del daño moral; y no parece aceptable encontrarlo en las personas jurídicas fuera de lo patrimonial.

En esta línea argumentativa, consideramos conveniente recoger las palabras de Cipriano —autor citado por Santos Cifuentes—,[353] quien manifiesta que «el yo sujeto es el que reflexiona, piensa, razona. El yo objeto es el otro sujeto pensado o razonado por el yo sujeto. El yo sujeto-objeto, soy yo mismo que me percibo y reflexiono sobre lo que soy. Esta trilogía de puntos de vista sobre el yo muestra una realidad que verdaderamente, no hace posible, en principio, admitir que una persona ideal o jurídica sea un yo sujeto. Reflexionar, razonar, percibir, sentir, es propio del hombre persona: es propio de órganos físico-psíquicos. De ahí que el daño moral como detrimento al bien hombre-persona en su entraña extrapatrimonial, se acerca mucho más a la verdad».

En igual sentido se pronuncia Guido Alpa,[354] quien afirma que «las personas jurídicas no son susceptibles de ser sujetos pasivos de un daño moral, por cuanto, por su particular naturaleza no pueden encontrarse en una situación de dolor, sufrimiento o aflicción (denominado por los juristas romanos *pecunia doloris*, en el Common Law como *pain and suffering* o por los alemanes *schmerzengeld*): ello le corresponde solo a las personas naturales y, eventualmente, al concebido». (El resaltado es nuestro).

[353] Cifuentes, Santos. El daño moral y la persona jurídica. En Derecho de Daños. Directores de la obra. Trigo Represas, Félix y Stiglitz, Rubén. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1991, Primera Parte, pp. 407 y 408.

[354] Alpa, Guido. *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Lima: ARA Editores, 2001, p. 596.

Por su parte, Scognamiglio[355] afirma que la reparación por daños morales pertenece solo a las personas físicas. Dicha solución se basa en la noción técnica y más segura de daño moral, como sensación aflictiva conexa con ciertos agravios. Desde el primer vistazo —sostiene el mencionado autor— «se muestra imposible la concepción de un daño moral a la persona jurídica, que careciendo de personalidad psicofísica, ciertamente no podrá sufrir dolor por cualquier ofensa a su reputación».

A modo de conclusión, Scognamiglio afirma que algunos autores —por superar el mencionado obstáculo— han sostenido que el dolor no es la única forma de daño moral, el que se identificaría también con algunas privaciones o impedimentos para la satisfacción de un interés, con la consiguiente traba del sujeto para alcanzar sus posibles fines. Dicha solución, refiere el citado profesor, «propone una configuración del daño moral vaga y genérica en demasía, desconectada por completo con la tradición y la realidad jurídica no constituye adelanto alguno con relación al concepto prevaleciente del daño moral como dolor, padecimiento espiritual, etc.».

Como se puede apreciar, los tratadistas citados niegan la posibilidad de que la persona jurídica pueda sufrir un daño moral, fundamentando sus argumentos —principalmente— en la circunstancia de que dicho ente ideal no podrá sufrir padecimientos emocionales, aflictivos o psíquicos de los que se valga para demandar una reparación por daño moral. Sin embargo, consideramos que se adopta un concepto sumamente restringido de daño moral, que —obviamente— descartará de plano la existencia de perjuicio moral en las personas jurídicas, ya que las mismas (que no tienen sentimientos en razón de su estructura colectiva), no podrían invocar el carácter de víctima de los actos ilícitos susceptibles de producir tales consecuencias.

[355] Scognamiglio, Renato. *Op. cit.*, p. 82.

Por su parte, Stiglitz y Echevesti,[356] sin abandonar la posición desarrollada, fundan sus argumentos en criterios —a nuestro entender— más sólidos, pues ya no hablan de la afectación a los sentimientos y emociones sino introducen el tema de si las personas jurídicas son efectivamente o no titulares de derechos extrapatrimoniales. Los profesores mencionados postulan que la problemática concerniente a la existencia de daño moral en la persona jurídica surge de otorgar a esta última la titularidad de ciertos derechos extrapatrimoniales (honor, nombre, libertad de acción, intimidad, etc.), encubriendo dicho razonamiento una apreciación superficial de la realidad. Ello, porque la tutela del nombre, el honor, la intimidad, etc., en las personas de existencia visible significa el reconocimiento de la ley a verdaderos derechos extrapatrimoniales, derechos que se confunden con la existencia de la persona misma, y que —en modo alguno— tienen que ver con objetos o actividades.

Agregan los profesores citados que cuando se tutela el nombre, el honor, la libertad de acción, la intimidad y otros derechos similares de las personas jurídicas, no se les está reconociendo un derecho de naturaleza extrapatrimonial, sino un derecho de neto corte patrimonial. Ello es tan así que —por ejemplo— el nombre de una persona jurídica puede ser objeto de cesión o enajenación en el fondo de comercio, la reputación o el prestigio pueden ser objeto de una transacción comercial, son susceptibles de una valoración económica e integran el concepto de valor «llave»; la libertad de acción no es sino la libertad de negociar; y la intimidad, no es otra cosa que el secreto comercial. Esos mismos derechos para las personas físicas, en cambio, son inenajenables, insensibles, inmutables, etc. Poseen los caracteres de lo extrapatrimonial.

[356] Stiglitz, Gabriel y Echevesti, Carlos. «El daño moral». En *Responsabilidad Civil.* Mosset Iturraspe, Jorge (Dr.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1992, pp. 255 y 256.

Adicionalmente, Stiglitz y Echevesti señalan que lo anteriormente expresado no se modifica aun en el caso de personas jurídicas sin fines de lucro creadas con un objeto altruista o desinteresado. «Éstas —precisan— son tan entes irreales, carentes de vida corporal-consciente, como las con fines de lucro, y de las cuales no puede predicarse esos derechos que son los más importantes y que tienen su origen en la existencia del individuo mismo, como la libertad, el honor, etcétera. Sostener que éstas pueden reclamar el perjuicio moral y las otras no, sería como reconocer la existencia real de las hadas buenas y negársela al fantasma, siendo que ambas son existencias ideales y de ellas nada humano puede predicarse».

A modo de conclusión, los autores citados expresan que a pesar de que en la práctica las personas pueden actuar de distintas maneras, con ello no mudan su naturaleza. Así, una persona de existencia visible puede —y de hecho ocurre— emplear su nombre y su prestigio comercialmente, con fines de lucro; y otra de existencia ideal —como una sociedad comercial—, contribuir desinteresadamente a la sociedad efectuando aportes, donativos, coadyuvar junto al Estado al logro del bienestar general, etc. Sin embargo –finalizan—, «el tratamiento que en lo específico reciban del derecho no puede ser otro que el conforme a sus modos de ser».

Ahora bien, como lo hemos podido identificar, la postura doctrinaria estudiada niega la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de derechos extrapatrimoniales, los cuales solo pueden ser inherentes a la naturaleza de las personas físicas. Sin embargo, este no parece ser un argumento del todo cierto, ya que en la práctica, la persona jurídica también podrá ser titular de situaciones jurídicas existenciales, como el derecho a la identidad, reputación, privacidad, entre otros; y, en efecto, se podrán lesionar estos derechos a la persona jurídica si se hacen afirmaciones inexactas sobre ella, si se formulan juicios de valor negativo o si se viola su correspondencia,

encontrándose facultada para solicitar una indemnización por daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

En virtud de lo expuesto, somos de la opinión que adoptando un concepto de daño moral en sentido estricto, la posibilidad de que la persona jurídica sea resarcida frente al padecimiento de un perjuicio moral sería inexistente. En cambio, si entendemos el daño moral en un sentido más amplio —como bien afirma Brebbia—, abarcando «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», definitivamente no dejaremos desprotegidos los derechos extrapatrimoniales que podrían ser vulnerados, cuyo titular es un ente de existencia ideal, sujeto de derechos y obligaciones. En otras palabras, es innegable sostener que la persona jurídica, en tanto «persona», tiene la capacidad (o aptitud) para ser titular de derechos (y estados o situaciones) y para responder por los hechos ilícitos.

En este sentido, como sostiene Brebbia, «el conjunto de facultades y deberes que tienen estos sujetos de derecho toma el nombre de personalidad, que viene a ser de esta manera el ropaje jurídico con el cual el orden normativo inviste a los entes que llama personas. La personalidad puede ser representada como una esfera circundante de los sujetos, que marca la órbita propia de actuación de cada ente y que goza de la protección que le acuerda la norma jurídica».

Dichos derechos subjetivos, se diferencian en derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, siendo el conjunto de estos últimos, lo que se conoce como patrimonio moral de los sujetos, que se distingue del patrimonio económico o patrimonio propiamente dicho, integrado exclusivamente por bienes de valor pecuniario.

Dentro de tal orden de ideas, Brebbia[357] señala que los derechos extrapatrimoniales o morales son «aquéllos que tienen por objeto la protección de bienes o presupuestos personales, que componen lo que la persona es. Tales derechos son los llamados derechos de la personalidad o inherentes a la personalidad o personalísimos, caracterizados por no ser apreciables en dinero, absolutos, incesibles e inalienables, y adquirirse o perderse con independencia de la voluntad específica de sus titulares».

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos concluir que toda persona titular de derechos subjetivos extrapatrimoniales o de intereses legítimos que revistan el mismo carácter, puede ser, en consecuencia, sujeto pasivo de daños morales. Lo que es lo mismo afirmar que las personas jurídicas o de existencia ideal pueden sufrir esa especie de agravios en cuanto tienen derechos extrapatrimoniales, pacíficamente admitidos por un sector mayoritario de la doctrina y jurisprudencia.

En este sentido, actualmente casi existiría consenso entre los juristas en afirmar que las personas jurídicas pueden constituirse en sujetos pasivos de agravio moral cuando los derechos extrapatrimoniales de los que son titulares, son conculcados.

En esta línea de pensamiento, los Mazeaud y Tunc[358] no encuentran inconveniente para considerar sujeto pasivo de daño moral a una persona jurídica, la que al igual que una persona física, posee un patrimonio extrapecuniario que puede ser lesionado, ya que «si una persona moral no tiene corazón, posee un honor y una consideración. Si éstos reciben un ultraje, la agrupación sufre un perjuicio moral».

[357] Brebbia, Roberto. «La Persona Jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». En *Temas de Responsabilidad Civil.* En honor al Doctor Augusto Morello. La Plata: Librería Editorial Platense S.R.L., 1981, pp. 55 y 56.

[358] Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 481.

Compartiendo el mismo criterio argumentativo, Brebbia[359] manifiesta que las personas de existencia ideal sí son susceptibles de sufrir un agravio moral, siempre que el ataque que origine el daño sea dirigido contra los bienes o presupuestos personales que las mismas pueden poseer, de acuerdo a la particular naturaleza del ente colectivo que sirve de substrato a su personalidad. Así, por ejemplo —sostiene— «poseyendo los sujetos de existencia ideal, entre sus atributos de orden personal, un nombre y una consideración, debe concluirse necesariamente que el hecho que vulnere los derechos que tutelan dichos bienes engendrará un verdadero daño moral y el consecuente derecho a obtener una reparación a favor de la persona jurídica afectada».

A nivel nacional, autores como Espinoza y Rebaza[360] también admiten la titularidad de derechos no patrimoniales por parte de la persona jurídica, invocando el correspondiente resarcimiento frente a la vulneración de los mismos.

Luego de todo lo expuesto, consideramos necesario analizar los principales derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas, que la doctrina les ha reconocido.

Dentro de tal orden de ideas, Llambías[361] menciona como tales derechos, los siguientes:

(a) Atributos inherentes a la personalidad, con excepción del estado que es peculiar de las personas visibles y consiguientemente

[359] Brebbia, Roberto *El daño moral.* Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1950, p. 217.

[360] Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil.* Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 171. Rebaza Gonzales, Alfonso. «Alcances sobre el daño moral a la persona jurídica». En *Revista Jurídica del Perú.* Normas Legales Editora. Año LII, n.º 36 (julio 2002), p. 113.

[361] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, Parte General, tomo I, pp. 64 y 65.

ejercen los derechos subjetivos que tienen por objeto esos mismos atributos, v.gr. derecho al nombre, etc.

Asimismo, tienen entre los derechos de la personalidad, el derecho al honor o buena fama que conviene igualmente a la naturaleza de las personas visibles o de existencia ideal, pudiéndose vulnerar dicho derecho, cometiéndose delitos de calumnias e injurias.

(b) Goza de los derechos constitucionales de libertad de prensa, de libertad de asociación y de libertad de enseñanza, porque esas garantías de la libertad individual —para ser efectivas— deben extenderse a los núcleos asociativos que fundaren los individuos humanos.

(c) Las asociaciones y fundaciones gozan de derechos disciplinarios respecto de terceros y en conformidad con sus estatutos.

15.3.2.5.1. El daño moral en relación a los derechos patrimoniales de las personas de existencia ideal

Brebbia,[362] por su parte, hace un interesante análisis respecto a cada uno de los principales derechos extrapatrimoniales de las personas de existencia ideal. Así, desarrolla los siguientes derechos: el derecho al honor, al nombre, a la privacidad, a la libertad de acción, el derecho moral del autor sobre la obra que le pertenece, el derecho a la seguridad personal y la protección de los valores de afección.

Para efectos académicos, consideramos de suma utilidad recoger las ideas más relevantes del estudio efectuado por el acotado autor, con relación a los derechos anteriormente señalados que integrarían

[362] Brebbia, Roberto H. *La Persona Jurídica como sujeto pasivo de agravio moral. Op. cit.*, pp. 62 a 68.

la personalidad jurídica, cuya vulneración sería susceptible de originar daños morales, pasibles de ser indemnizados. Cabe indicar que dicho desarrollo será complementado con la opinión de diversos tratadistas consultados en torno a la materia.

15.3.2.5.1.1. Derecho al honor, consideración o fama

Las personas jurídicas tienen derecho, en principio, a que se las estime dignas de respeto y consideración; a que no se las afecte en su fama o reputación, en un mismo grado que a las personas individuales. Dicho en otros términos, las personas colectivas tienen honor y los terceros están obligados a respetar este atributo, como uno de los más importantes de la esfera moral de los sujetos.[363]

Como bien lo señalara Santos Cifuentes,[364] «no es lo mismo una entidad desquiciada en su actuación societaria que un pundoroso ente bien dirigido y apuntalado por sus órganos, con estima personal reconocida, puntualidad en el cumplimiento, ponderación por seriedad, actuación ética, etc.».

Más que hablar de «honor», debemos hablar de la fama de las personas jurídicas, tomando el aspecto objetivo del honor y no el subjetivo (propiamente «honor», autoestima propia de cada hombre), es decir la honra o imagen, entendida como reputación, línea de comportamiento o prestigio en el mercado, construido en atención a los merecimientos del propio desempeño de la persona jurídica.

Finalmente, cabe indicar que como resultado de la afectación del derecho de la fama y consideración de una empresa, por efecto de errónea y calumniosa información soltada al mercado por su competidora, se producirá un daño real y comprobable que atacará su buen

[363] Brebbia, Roberto H. *Op. cit.*, p. 62.
[364] Cifuentes, Santos. *Op. cit.*, p. 408.

nombre, y que traerá como consecuencias colaterales la pérdida de clientela o el deterioro de sus créditos bancarios, repercutiendo en la posibilidad de presentes y futuras ganancias.

15.3.2.5.1.2. Derecho al nombre y a la identidad

Como acertadamente anota Brebbia,[365] «el nombre o denominación mediante la cual se distinguen las personas jurídicas, goza de la misma protección que el de las personas individuales. Toda persona es una realidad totalmente determinada y diferenciada de otra, y el nombre constituye una de las maneras que los sujetos de derecho tienen para diferenciarse de otros».

Los derechos bajo estudio comprenden la libertad de una empresa de valerse de su nombre para preservar su identidad personal y el derecho a ser protegida en su uso legítimo. Así, en la legislación comparada el derecho al nombre se cautela mediante la acción de reclamación del nombre, cuando una persona se encuentra impedida o se le desconoce el derecho a usarlo, o mediante la acción de contestación del nombre, destinada a impedir que otro sujeto use de manera indebida el nombre que corresponde a la persona jurídica.

En igual sentido se pronuncian Ripert y Boulanger,[366] quienes afirman que el nombre es atribuido a la persona por el acto creador. Además, esta atribución cumple con la exigencia de dar publicidad a la creación de una nueva persona jurídica para revelar su existencia a terceros. Esto implica que el nombre de las personas jurídicas debe estar protegido en la misma medida que el de las personas físicas, puesto que para las sociedades comerciales constituye un elemento del fondo de comercio.

[365] Brebbia, Roberto H. *Op. cit.*, p. 64.

[366] Ripert, Georges y Boulanger, Jean. *Tratado de Derecho Civil.* Buenos Aires: La Ley, 1963, tomo I, pp. 338 y 339.

En buena cuenta, se puede sostener que la usurpación indebida del nombre comercial de una empresa, abiertamente manifiesta o encubierta, constituirá un ataque a su derecho a la identidad, que traerá como posible consecuencia la no percepción de las respectivas utilidades, debiendo ser la empresa indemnizada por dicha circunstancia.

15.3.2.5.1.3. Derecho a la privacidad

Este derecho protege el círculo interno de la vida de las personas. Aun cuando las personas jurídicas no tengan una esfera de privacidad tan amplia como las personas individuales, esto no impide que puedan desarrollar actividades de carácter reservado inherentes a su fuero interno, las cuales deben quedar exentas de intrusiones de terceros.

Dicho derecho a la privacidad se traduce principalmente en la facultad de mantener su domicilio libre de intrusiones, en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de la correspondencia y de los documentos de carácter confidencial o privado, el derecho al secreto profesional, el derecho a que no se divulgue información que es manejada dentro de la empresa con carácter de reservado y el derecho a que las demás empresas no se entrometan en la vida privada de sus similares.[367]

En opinión de Matilde Ferreira,[368] puede afirmarse que «las personas jurídicas deben ser tuteladas en su vida privada de modo que la correspondencia, las deliberaciones y decisiones adoptadas por los órganos directivos de la empresa, así como algunas relaciones con personas jurídicas o con seres humanos, queden protegidas». Todo ello

[367] Brebbia, Roberto H. *La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral. Op. cit.*, pp. 66 y 67.

[368] Ferreira Rubio, Matilde. «El derecho a la intimidad». En *Personas Jurídicas.* Selección de Textos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 69.

— según manifiesta Antonio Pérez Luño —,[369] a tenor de las técnicas de espionaje industrial que podrían afectar gravemente el prestigio de las empresas, razón por la cual resultaría insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista (status negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control (status positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto.

15.3.2.5.1.4. Derecho a la libertad de acción

La persona jurídica tiene derecho a desarrollar las actividades que el ordenamiento legal le permite, ya sea en forma expresa, ya tácitamente, al no prohibir en ninguno de sus preceptos la conducta en cuestión.

En este sentido, las personas jurídicas pueden ver trabada esta libertad de acción, lo mismo que las personas físicas, y mediante una acción ilícita puede impedirse la actividad, industria o comercio que constituyen su fin estatutario.

Más allá de la reparación de los daños patrimoniales que pueden haber producido tales acciones contrarias a derecho, las personas jurídicas o de existencia ideal pueden reclamar también la indemnización del daño moral por la violación de este derecho a la libertad de acción, que integra la personalidad moral de toda clase de personas.

Un ejemplo de esta clase de interferencia en la libertad de acción de una persona jurídica, es la intervención y posterior impedimento del desarrollo del objeto social de una empresa, obtenida mediante la invocación de hechos falsos por parte de su competidor.[370]

[369] Pérez Luño, Antonio. «Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución». En *Personas Jurídicas. Op. cit.*, p. 69.

[370] Brebbia, Roberto H. *La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral. Op. cit.*, pp. 64 y 65.

15.3.2.5.1.5. Derecho moral del autor sobre su obra

La persona jurídica puede ser titular de una obra científica (marcas, patentes, *know-how*, etc.), literaria o artística, y la violación de dichos derechos de carácter extrapatrimonial, importará el resarcimiento del daño moral sufrido por la entidad.

En este sentido, Roberto Brebbia[371] considera que el derecho moral del autor consiste en que se le reconozca como creador de la obra con las atribuciones de que esta permanezca inédita, y que se la pueda publicar bajo nombre propio o pseudónimo. Asimismo, se reconoce el derecho a continuar y terminar la obra y, finalmente, el derecho a que se mantenga su integridad, su título y a impedir la publicación o reproducción imperfecta de la misma.

15.3.2.5.1.6. Derecho a la seguridad personal

El concepto de seguridad personal no es privativo de las personas individuales sino que comprende a toda clase de personas, pues constituye un presupuesto del derecho a la libertad de acción ínsito en toda persona.

Sobre la base de lo expuesto, las personas jurídicas podrían ver amenazada su existencia como ente titular de derechos y obligaciones, por ataques materiales a los bienes patrimoniales que constituyen uno de los presupuestos de su personalidad jurídica o por la impetración de medidas judiciales temerarias o maliciosas que tiendan a trabar o impedir el cumplimiento de los fines propuestos al constituirla, con el consiguiente peligro de extinción.

Es preciso señalar que la violación de este derecho acarreará un daño moral de manera directa, e — indirectamente— un daño patrimonial, susceptibles, ambos, de indemnización.

[371] Brebbia, Roberto H. *El daño moral. Op. cit.*, pp. 257-260.

15.3.2.5.1.7. Derecho a la protección del valor de afección sobre ciertos bienes

Brebbia[372] concluye el desarrollo de los principales derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas con el estudio relativo a la protección del valor de afección sobre ciertos bienes.

En principio, sostiene que «el valor de afección», es decir, la especial relación afectiva que existe entre una persona y una cosa, se produce generalmente en el caso de las personas físicas. Por ello, en el caso de las personas jurídicas, estas solo poseerán tal derecho en supuestos excepcionales.

En este caso, la vinculación particular entre «persona jurídica» y «cosa» resulta de la finalidad de bien común que persigue el ente según sus estatutos.

Resulta conveniente traer a colación el relato —que a título de ejemplo— efectuara Rebaza,[373] señalando el agravio moral que se produciría al Museo de Louvre, si la Gioconda o los papiros egipcios —que celosamente custodia— fuesen destruidos o gravemente deteriorados.

En este caso, si bien se refiere a bienes materiales, queda claro que estos objetos cuentan con un valor afectivo que supera toda consideración patrimonial. Esta entidad, además de la pérdida material sufrida, experimentará un daño moral cuya manifestación no requiere que la persona jurídica posea sentimientos o aspectos psicológicos.

[372] Brebbia, Roberto H. *La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral. Op. cit.*, p. 68.

[373] Rebaza González, Alfonso. «Alcances sobre el daño moral a la persona jurídica». *Revista Jurídica del Perú*. Normas Legales Editora. Año LII, n.° 36 (julio 2002), p. 117.

En adición a lo expuesto, cabe señalar que autores como Scognamiglio[374] desarrollan, además de los derechos analizados, un derecho extrapatrimonial importante: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual será estudiado a continuación.

15.3.2.5.1.8. Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Como indica el mencionado autor, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra referido a las condiciones que debe crear el ordenamiento jurídico para que una empresa pueda desarrollar las actividades inherentes a su objeto social y alcanzar sus fines dentro de un ambiente de tranquilidad y con un Estado que propicie las condiciones óptimas para que estos objetivos se logren.

Aquí, cabe resaltar el pensamiento de Rebaza,[375] quien advierte que este derecho no pretende proteger las ganancias expectaticias que hubiera podido percibir una empresa de no haberse verificado los eventos dañosos (lucro cesante), sino el prestigio, la fama, el derecho al crédito, entre otros, que habría obtenido de no haberse producido el agravio. Así, por ejemplo —precisa—, se podría citar el caso de una empresa textil a la que se le destruye la única máquina capaz de confeccionar los grabados que la distinguen en el mercado, justamente antes de la campaña de mayores ventas y en vísperas de celebrar un contrato internacional que le generaría cuantiosos beneficios. En este supuesto, deberá evaluarse no solo el daño patrimonial infringido a la persona jurídica, sino también la frustración de su desarrollo en el mercado y de su viabilidad como empresa.

Hasta aquí el análisis de los principales derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas cuya afectación originará la respectiva reparación por daño moral.

[374] Scognamiglio, Renato. *Op. cit.*, p. 82.

[375] Rebaza González, Alfonso. *Op. cit.*, p. 118.

A continuación, estudiaremos el tratamiento del tema bajo estudio, en la jurisprudencia y legislación peruana.

15.3.2.5.2. Tratamiento del daño moral a las personas jurídicas en la jurisprudencia y legislación nacional

A nivel jurisprudencial, podemos señalar que el criterio respecto a la posibilidad de solicitar indemnización por daño moral causado a las personas jurídicas ha ido evolucionando.

En este sentido, la Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional Civil del día 18 de noviembre de 1997, integrada por los Doctores Jorge Carrión Lugo, Héctor Lama More, Isabel Hasembank Armas, Víctor Raúl Mansilla Novella, Rolando Martel Chang y José Díaz Vallejos, respecto al tema referente a la prueba del daño en la responsabilidad civil extracontractual, asumió una concepción restringida de daño moral —en los términos expuestos al iniciar el estudio de este tema— lo que la llevó a arribar —producto de un acuerdo unánime— a la siguiente conclusión:

> *El daño moral está constituido por el sufrimiento, afectación, dolor, preocupación, quebranto espiritual, que sólo pueden ser sufridos por personas naturales.*
>
> *[...]Que el daño moral no puede ser sufrido por personas jurídicas [....].*

Sin embargo, posteriormente un fallo del Tribunal Constitucional[376] acoge la posibilidad de que la persona de existencia ideal pueda ser sujeto pasivo de agravio moral y, por consiguiente, pueda exigir resarcimiento.

---

[376] Sentencia del Tribunal Constitucional publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 12 de septiembre de 2002 y expedida el 14 de agosto del mismo año, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los Señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma.

Dentro de tal orden de ideas, en una sentencia expedida por dicho Tribunal, el 14 de agosto de 2002 y publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 12 de septiembre del mismo año, se resolvió la procedencia de la acción de amparo interpuesta por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la Empresa Comunicación y Servicios S.R.Ltda., propietaria de la emisora Radio Imagen, y contra los periodistas Ramón Alfonso Amaringo Gonzales e Hildebrando García Moncada, a fin de que se abstengan de difundir noticias inexactas, pues afectan los derechos a la banca, la garantía del ahorro, la libre contratación, y la estabilidad de los trabajadores de la entidad financiera.

El criterio del Tribunal Constitucional se basó en considerar que las personas jurídicas también podían ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias.

Tal titularidad de derechos por las personas jurídicas de derecho privado, se desprendería —implícitamente— del artículo 2, inciso 17), de nuestra Carta Fundamental, pues mediante dicho dispositivo se reconoce el derecho de toda persona de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Este derecho, además de constituir un derecho fundamental por sí mismo, es —a su vez— una garantía constitucional, en la medida en que se promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada.

En ese sentido, entiende el Tribunal que, en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estas últimas se extienden sobre las personas jurídicas. Una interpretación contraria concluiría en la incoherencia de, por un lado, habilitar el ejercicio de facultades a toda asociación —entendida en términos constitucionales y no en sus reducidos alcances

civiles— y, por otro, negar las garantías necesarias para que tal derecho se ejerza y, sobre todo, pueda ser susceptible de protección.

Sin embargo, no solo de manera indirecta las personas jurídicas de derecho privado pueden titularizar diversos derechos fundamentales. También lo pueden hacer de manera directa. En dicho caso, tal titularidad no obedece al hecho de que actúen en sustitución de sus miembros, sino en cuanto a sí mismas y, naturalmente, en la medida en que les sean extensibles.

Por tanto, considera el Tribunal que la ausencia de una cláusula, como la del artículo 3 de la Constitución de 1979, no debe interpretarse en el sentido de negar que las personas jurídicas puedan ser titulares de algunos derechos fundamentales o, acaso, que no puedan solicitar su tutela mediante los procesos constitucionales y, entre ellos, el amparo.

Asimismo, cabe resaltar que el Tribunal Constitucional en esta sentencia también se manifestó en torno al derecho a la fama y buena reputación de las personas jurídicas —antes desarrollado— y expresó que:

> El fundamento último del reconocimiento del derecho a la buena reputación es el principio de dignidad de la persona, del cual el derecho en referencia no es sino una de las muchas maneras como aquella se concretiza. El derecho a la buena reputación, en efecto, es en esencia un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo. Por ello, su reconocimiento y la posibilidad de tutela jurisdiccional está directamente vinculado con el ser humano.
>
> Sin embargo, aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, este no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra 'la imagen' que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo.

Por otra parte, a nivel constitucional, como acertadamente hacía referencia la citada sentencia, la Carta Política del Perú de 1979 disponía en su artículo 3 que los derechos fundamentales consagrados en el artículo 2 de la misma, eran también patrimonio de las personas jurídicas en cuanto le fueran aplicables. Si bien dicho principio no ha sido recogido por la actual Constitución Política de 1993, de ello no se puede desprender que el ordenamiento jurídico peruano vigente haya optado por la desprotección de la persona jurídica, respecto de sus derechos extrapatrimoniales. Más bien, debemos entender que cuando el artículo 2 de la vigente Carta Política hace referencia a los derechos de la *persona*, toma este último término en un sentido amplio e incorpora a las «*personas* jurídicas» algunos de los derechos fundamentales mencionados por el acotado artículo. (En la medida que determinados derechos constitucionales son reconocidos a favor exclusivamente de las personas naturales, como son el derecho a la vida, integridad física y psíquica, etc.).

Asimismo, se puede señalar que el Código Civil de 1984 también habilita la protección de los derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas. Esto se desprende de una interpretación extensiva de los artículos 1322, 1984 y 1985 de dicho cuerpo normativo. En tal sentido, se debe tener en cuenta el criterio amplio de daño moral anteriormente desarrollado, pues solo de esta manera se estaría protegiendo los derechos constitucionales consagrados en el artículo 2 de la Constitución, los mismos que —como ha sido dicho— resultan aplicables a las personas jurídicas.

Es importante precisar que esta interpretación extensiva atiende a la *ratio legis* de la norma, la cual se inspira en el deber general de no dañar a otro, así como en el derecho de una persona, sea natural o jurídica, a que se le indemnice por los daños infringidos.

Por otro lado, cabe señalar que a nivel legislativo también ha sido consagrada la posibilidad de daño moral a las personas de existencia ideal. Concretamente, con dicha normativa se busca la protección de los derechos extrapatrimoniales estudiados con anterioridad.

En este sentido, el artículo 11 del Texto Único Ordenado del Decreto Ley N° 26122 (Ley sobre Represión de la Competencia Desleal), prevé la afectación del derecho al honor, consideración o fama de las personas jurídicas, cuando en su redacción considera como actos de denigración la propagación de noticias o difusión de información sobre la actividad, producto o establecimiento de un tercero, cuando esta información puede menoscabar el crédito de la empresa en el mercado.

Así también, en torno a este derecho, el artículo 19 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal prohíbe la fabricación, importación y venta de productos que constituyan copia o reproducción no autorizada de bienes de terceros protegidos por la Legislación de Propiedad Industrial o de Derechos de Autor.

La protección del derecho al nombre y a la identidad de las personas jurídicas también ha sido recogida legislativamente por los artículos 13 y 14 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Dichos artículos prohiben la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero, así como el aprovechamiento indebido de la reputación comercial, industrial o profesional adquirida por un tercero. Las normas citadas prescriben, por tanto, que se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el uso de etiquetas, envases, recipientes y otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

Adicionalmente, cabe mencionar que el artículo 15 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal reconoce el derecho a la privacidad de las personas jurídicas, cuando establece el deber de no divulgar las informaciones, ni las ideas de propiedad de un tercero, así como la reserva cuando se haya tenido acceso legítimo a la privacidad de la empresa.

Por último, el Decreto Legislativo N.° 823 (Ley de Propiedad Industrial), consagra la protección del derecho moral del autor sobre su obra, contemplando los lineamientos generales que deberán respetarse en el uso y disfrute de estos derechos. En esos supuestos, «la persona jurídica conserva el derecho moral del autor sobre su obra, que consiste en el derecho a exigir fidelidad de su texto y de su título, en las impresiones, copias y reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor». La violación de estos derechos de carácter extrapatrimonial, importará el resarcimiento del daño moral sufrido por la víctima.

15.3.2.5.3. ¿Cuál es la forma más idónea de reparación del daño moral a las personas jurídicas?

Luego de haber revisado el tratamiento legal y jurisprudencial que se brinda en el Perú al tema en estudio, corresponde dar respuesta a la interrogante de cuál sería la vía más eficaz para restituir el perjuicio moral infringido a las personas jurídicas.

En este sentido, sin ánimo de ser repetitivos y de volver a exponer cada una de las posiciones tradicionales esbozadas en doctrina en torno a la reparación o no del daño moral, somos de la opinión que el caso en cuestión demanda —más que disquisiciones intelectuales—, una respuesta concreta en pro de la obtención de un resarcimiento adecuado y satisfactorio del daño moral infringido a las personas jurídicas.

En búsqueda de este propósito, se debe lograr que los Tribunales de Justicia que conozcan de la causa, busquen por todos los medios la po-

sibilidad de volver las cosas al estado anterior a la afectación de dicho derecho, mediante la ejecución de medidas tales como la publicación de sentencias, imposición de multas, cierre de establecimientos o rectificaciones, según se desprenda de las circunstancias. Y solo en el caso en que dicha restitución no fuera factible, compeler al responsable al pago de una suma de dinero, monto que cumpliría una función compensatoria, dado que en la práctica no podrá verificarse la «satisfacción» del interés dañado, puesto que no será posible su determinación.

En este último caso, el menoscabo será indemnizado pecuniariamente solo a solicitud del agraviado, debiendo el órgano jurisdiccional, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1332 del Código Civil Peruano de 1984, aplicar su criterio jurisprudencial para precisar el monto resarcitorio.

Se desalentaría, de esta forma, la interposición de denuncias maliciosas así como el eventual enriquecimiento indebido por parte del agraviado.

Sin perjuicio de lo expuesto, no deberían dejarse de lado las eventuales repercusiones patrimoniales que podría originar el daño moral infringido, las mismas que deberán ser indemnizadas, pues —en efecto—constituyen daños patrimoniales indirectos.

15.3.2.6. Daños y perjuicios

Ha quedado precisado que el daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio en general, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad, etc.).[377]

Dicha fórmula, como se aprecia, abarca en el Derecho, desde un bien jurídico meramente material, como el patrimonio, hasta uno

[377] Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, p. 61.

eminentemente moral, como el honor. Por tanto, el término «daños y perjuicios» tiene un significado bastante amplio, que va más allá de la esfera económica.

Dentro de ese orden de ideas, para que surja la obligación de reparar daños y perjuicios, no resulta insoslayable que se produzca un daño a un bien económico; puede tratarse de un bien jurídico extraeconómico (por ejemplo, como lo hemos anotado, un daño al honor).

El tema patrimonial de la prestación afectada ha sido disentido arduamente por la doctrina.

Sin embargo, la posición que se abrió paso fue la de Ihering, quien afirmó que el orden jurídico protege todo interés legítimo (ético, estético, científico, etc.). Ella es la idea uniforme en la actualidad: la protección jurídica va más allá de los bienes netamente económicos.

Se habla, empero, del «carácter indirectamente económico» de toda ofensa a cualquier bien jurídico, es decir, que el daño a un bien extrapatrimonial provocaría un daño patrimonial, tesis con la cual fácilmente se concordará, expresa la doctrina, si se tiene en cuenta que el hombre es una unidad, y que el ataque a cualquiera de sus valores repercutirá casi siempre sobre los restantes que no han sido directamente afectados.

Se suele diferenciar lo económico y lo extraeconómico. Sin embargo, existe una concreta interrelación que origina consecuencias económicas como resultado de cualquier ofensa a un bien no patrimonial; por ejemplo, una calumnia ofende directamente lo moral de la persona perjudicada, «la consideración social a la que tiene derecho», pero el agravio también repercute en sus relaciones patrimoniales, al restarle o destruirle, incluso, su credibilidad comercial.

En este sentido, si bien no podemos equiparar los bienes jurídicos y los bienes económicos, sí debemos tener en cuenta que en cuanto a

ambos el Derecho protege intereses de diversa índole; él va más allá del orden patrimonial. Incluso, como se llega a anotar, protege un bien cuya definición tiene contornos tan poco precisos como la tranquilidad, cuando se señala la necesidad de reparar no solo el daño material causado por un hecho, sino también el daño moral.[378]

Ahora bien, en cuanto a la discusión en torno al objeto de las obligaciones, la doctrina mantiene cierta indecisión —que podría comprenderse (como sostienen algunos) como una mera actitud de materialismo jurídico— respecto a si dicha afirmación o negación del carácter patrimonial del objeto de toda obligación se refiere a la obligación misma violada y cuyo incumplimiento es el presupuesto para el nacimiento de la obligación de indemnizar, o bien si se refiere al carácter pecuniario o económico que tendría toda obligación de indemnizar. Dicho en otras palabras, existe el debate en torno a si la patrimonialidad se refiere al objeto de la obligación de indemnizar o al objeto de la obligación cuyo incumplimiento ha engendrado la necesidad de reparar.

En realidad, se trata de dos problemas diferentes, cuyo distingo aún no está claro en la doctrina; pero lo que no resulta discutible —al menos en nuestra legislación— es que la indemnización no ha de concretarse siempre en una obligación con contenido exclusivamente económico.

Por otro lado, en lo que respecta a la fórmula «daños y perjuicios», ella es equivalente a otras expresiones que se suelen emplear: «daños e intereses», «perjuicios e intereses», «pérdidas e intereses», etc.

[378] OMEBA. *Enciclopedia Jurídica. Op. cit.*, tomo V, p. 601.

Si bien es una pauta que involucra dos palabras distintas verbalmente,[379] en realidad son idénticas en cuanto a su fondo conceptual.[380]

Empero, en todos los casos la indemnización de daños y perjuicios se refiere al derecho que tiene toda persona a reclamar el resarcimiento de tales «daños y perjuicios».

Cabe anotar que con frecuencia se origina un notable descuido, que en esta materia cometen muchos, y entre ellos no pocos profesionales del Derecho, cuando en sus manifestaciones y escritos reclaman de la parte contraria, por elipsis que resulta humorístico, «daños y perjuicios», lo cual, tomado literalmente, significaría que piden ser torturados y que se destrocen los bienes propios o de sus patrocinados; cuando lo correcto es reclamar la indemnización o el resarcimiento de tales daños y perjuicios.[381]

Refieren los autores que las legislaciones y la propia doctrina permiten tratar el tema dividiéndolo en una teoría general sobre los da-

[379] Al respecto, Gustavo Palacio Pimentel anota que si decimos que daño es el perjuicio material o moral sufrido por una persona, vemos que daño y perjuicio se usan como términos sinónimos. Perjuicio se aplica al menoscabo sufrido en nuestro patrimonio, en nuestros bienes; en cambio el término daño es más genérico, cuando el quebranto recae en nuestra honra o nuestra salud, para que se nos indemnice por el descrédito y el dolor. Lo general —dice Palacio Pimentel— es que se contempla el supuesto más común que es el del daño producido por el deudor, pero ello no excluye el supuesto contrario, esto es, el daño producido por el acreedor. (Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, pp. 886 y 887).

[380] La Real Academia Española define «daño» como el efecto de dañar o dañarse / Causar perjuicio, dolor o molestia / Detrimento o destrucción de los bienes (a diferencia del lucro cesante). Mientras que en torno al perjuicio, anota que es la ganancia lícita que deja de obtenerse, o detrimentos o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro, y que éste debe indemnizar a más del daño o detrimento material causado por modo directo / Efecto de perjudicar o perjudicarse. (Real Academia de La Lengua Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Edición, tomos I y II, Madrid, 1984).

[381] Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Op. cit.*, tomo III, p. 10.

ños y perjuicios, en cualquier clase de obligaciones, y en enfoques especiales concretos de los daños y perjuicios en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero, en las obligaciones que tienen por objeto sumas de dinero, y en obligaciones que emergen de hechos ilícitos.

Al respecto, Salvat[382] explica que cada uno de los tipos de obligación tiene un concepto particular del daño, que emerge de su propia naturaleza; así, las obligaciones cuyo objeto no es una suma de dinero, abarca el daño compensatorio y el moratorio; en las obligaciones cuyo objeto es una suma de dinero, el daño se expresa por los intereses moratorios; en el caso de los hechos ilícitos, el daño consiste en la pérdida experimentada por el que sufrió el hecho, en su patrimonio, su persona, facultades, etc.

Siguiendo la doctrina general sobre esta materia, enunciaremos a continuación las diversas categorías en que suele dividirse el daño, para luego examinar lo que corresponda.

(a) Por el objeto afectado por el daño, este puede ser material (patrimonial) o moral.

(b) Teniendo en cuenta la fuente del daño, este puede ser contractual o extracontractual.

(c) Por razón de la causa, los daños pueden ser moratorios o compensatorios.

(d) Teniendo en cuenta el tipo de relación que exista entre el daño y el acto u omisión que lo ha provocado, si se trata de una relación inmediata o directa, será daño directo o inmediato, y si se trata de una relación mediata o indirecta, el daño será mediato o indirecto.

(e) Considerando su grado, el daño puede clasificarse en actual y futuro.

(f) La doctrina también se refiere a los daños previstos y no previstos, y atendiendo a lo que se denomina «responsabilidad *in contrahendo*» emergente antes de la celebración de un contrato, hace una diferenciación entre el daño al interés positivo del contrato y el daño al interés negativo del mismo.

[382] Salvat, Raymundo M. *Op. cit*, tomo I, pp. 93 y 94.

Como se sabe, la amplitud del daño y, correlativamente, el monto de la indemnización reparatoria, se determinan por dos elementos: el daño emergente y el lucro cesante.

La doctrina es unánime al precisar que dichos elementos forman parte exclusiva del perjuicio material.

Así, por ejemplo, Manuel Borja Soriano[383] señala que la extensión del daño patrimonial se precisa por dos elementos: la pérdida efectivamente experimentada *(damnum emergens)* y la interrupción de la ganancia o el hecho de no gastar *(lucrum cessans)*.

Julien Bonnecase,[384] al explicar cómo debe determinarse el perjuicio y, por tanto, la indemnización, expone el siguiente ejemplo: un viajero de comercio parte con un muestrario para obtener un pedido. Si el muestrario se pierde, el perjuicio sufrido, es decir el valor del muestrario, constituye el daño emergente, y la ganancia que deja de obtener, o sea el beneficio no realizado, el lucro cesante. Por ello, in-

[383] Borja Soriano, Manuel. *Teoría de las Obligaciones*. México: Editorial Porrúa S.A., 1994, p. 359.

[384] Bonnecase, Julien. *Op. cit.*, tomo II, p. 435.

dica el referido autor, para apreciar la indemnización se tiene en cuenta dos elementos: el perjuicio realmente sufrido (daño emergente) y la ganancia que ha dejado de obtenerse (lucro cesante).

Eugène Petit[385] concuerda en que la teoría de los elementos de los daños y perjuicios fue inicialmente elaborada por los romanos, y es de ahí que ha pasado a la tradición jurídica occidental y llegado hasta nuestros días. El daño emergente, apunta el citado tratadista, es el perjuicio sufrido por el acreedor en forma efectiva, y que puede ser directo o indirecto. El lucro cesante, en cambio, es la ganancia o provecho de que ha sido privado el acreedor, por causa del incumplimiento.

En torno al tema, Héctor Lafaille[386] indica que el resarcimiento es el medio indirecto de cumplir la obligación y que él comprende dos factores esenciales que surgieron en épocas donde tal concepto se materializaba con exceso, para reducirse al ámbito puramente patrimonial. Así, se refiere al daño emergente, como el «daño sufrido», «el más aparente», la pérdida o deterioro de la cosa, y genéricamente, cualquier disminución en el acervo. Por lucro cesante, Lafaille señala que se trata de la «utilidad dejada de percibir», no menos justificada, aunque más indirecta, por cuanto es indudable el derecho que asiste al acreedor para obtener ventajas de esos negocios, tanto en el orden civil como en el comercial.

Entre nosotros, Max Arias-Schreiber Pezet[387] sostiene que daño emergente es la pérdida que sufre el acreedor a causa del incumplimiento total o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso del deudor, y que el lucro cesante consiste en la ganancia dejada de percibir por el acreedor.

[385] Petit, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducido de la Novena Edición Francesa por José Fernández González. Décimo Primera reimpresión. México: Editorial Porrúa S.A., pp. 475 y 476.

[386] Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, vol. VI, tomo I, pp. 196 y 197.

[387] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Luces y Sombras del Código Civil. Op. cit.*, tomo II, pp. 61 y 62.

Palacio Pimentel,[388] por su parte, expresa que daño emergente es la pérdida efectivamente sufrida por el acreedor; es un empobrecimiento, una disminución patrimonial efectiva y presente del acreedor en su patrimonio, a causa del incumplimiento o la mora imputables al deudor; es —a decir del citado jurista peruano— un concepto objetivo.

El mismo autor anota que el lucro cesante es la utilidad, el beneficio o ganancia de que se ve privado el acreedor, sea por la inejecución total o parcial del obligado o por su retardo o mora. Está representado por el *quantum* racionalmente dejado de percibir por el acreedor, por una disminución potencial de su patrimonio. Es el equivalente de lo que el acreedor habría obtenido, si normalmente el deudor hubiera cumplido con realizar la prestación; entraña un concepto más subjetivo.

Para destacar mejor la diferencia entre daño emergente y lucro cesante, el propio Palacio Pimentel expone el siguiente ejemplo: una empresa de espectáculos contrata la presentación de una compañía teatral, para fecha determinada. El empresario (acreedor) toma pasajes en avión, hace reservaciones en un hotel y realiza propaganda. Luego, la compañía llega con retraso o ya no se presenta. Acá es evidente que el empresario que contrató a esta compañía, o a un determinado actor, ha sufrido daños y perjuicios. Constituiría daño emergente los desembolsos, los gastos realmente efectuados por el acreedor, y los que llegue a adeudar con motivo de tales preparativos, y

[388] Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, pp. 887 y 888.

constituiría lucro cesante la suma de dinero que habría obtenido como utilidad neta, de haber cumplido la prestación el obligado oportunamente; el empresario ha sido defraudado en sus expectativas de obtener una utilidad, la cual finalmente ha dejado de percibir.

Finalizando la distinción entre daño emergente y lucro cesante, Palacio Pimentel acota que en una indemnización no puede faltar el primero de los elementos indicados, pero sí podría faltar el segundo. Este último —dice— es más difícil de precisar, es más incierto y depende de diversos factores. Resulta muchas veces hasta fantástico, cuando el acreedor, ya de buena fe o ya intencionalmente, sostiene que hubiera percibido pingües utilidades. La ganancia frustrada deberá ostentar, en lo posible, caracteres de certeza, de incontrovertible realidad y de verosimilitud.

Alfredo Orgaz[389] comparte el mismo parecer, y afirma, adicionalmente, que el acto ilícito solo puede ocasionar un lucro cesante, sin daño emergente o daño positivo, como ocurre frecuentemente en los actos ilícitos que lesionan la pérdida de un cargo remunerado o la frustración de un negocio.

En torno a la clásica distinción entre daño emergente —empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto o perjuicio efectivamente sufrido— y lucro cesante —supresión o privación de la ganancia esperable—, ya hemos adelantado opinión al tratar los siguientes temas: Efectos del incumplimiento —la eventual indemnización de daños y perjuicios—; Responsabilidad civil y penal; Principios fundamentales del deber de indemnizar los daños causados; La responsabilidad por daños desde una perspectiva filosófico-jurídica; y nos ocuparemos nuevamente de esta materia al abordar la responsabilidad precontractual.

[389] Orgaz, Alfredo. *El daño resarcible*, pp. 43 y 44.

Por lo demás, conviene recordar que la indemnización —ya sea en el ámbito contractual o extracontractual—, en principio debe comprender ambos aspectos, salvo los casos en que la ley o el contrato dispongan otra cosa.

También habría que tener en cuenta, como lo anota Zannoni,[390] el interés que el bien dañado o destruido satisfacía en la esfera patrimonial del damnificado, que puede o no coincidir con el valor objetivo del bien mismo.

Nótese, asimismo, que la doctrina suele ocuparse del daño emergente y el lucro cesante, solo y exclusivamente dentro del ámbito indemnizatorio del daño patrimonial ante un incumplimiento contractual.

Sin embargo, conforme lo indicáramos en líneas precedentes, ambos elementos —el daño emergente y el lucro cesante— son comprendidos en la indemnización en sí, sin los cuales esta no alcanzaría su fin, el mismo que consiste en colocar al perjudicado o a la víctima en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada.

Hablar pues de daño emergente y lucro cesante, es algo así como referirse a «daños y perjuicios», conceptos que si bien no se engloban, van a la par o se mantienen en paralelo.

A pesar que desde el punto de vista idiomático o semántico puedan denotarse distingos entre ambas expresiones, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas (sobre todo en el Derecho Peruano), mantienen idéntico fondo conceptual.

En efecto, en la «pareja» que forma el séquito habitual de la indemnización, se agrupa a los «daños» (la pérdida, detrimento, des-

[390] Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 34.

trucción o disminución de los bienes jurídicos, tomados no solo desde el punto de vista netamente patrimonial, sino también extrapatrimonial o daño moral y/o personal) y a los «perjuicios» que deben resarcirse. Estos últimos, desde una concepción semántica (ganancia lícita que deja de obtenerse), se relacionan especialmente con el lucro cesante (ganancia o utilidad impedida).

Como puede apreciarse, ambos conceptos mantienen estrecha relación en el ámbito indemnizatorio y todos ellos resultan reparables o resarcibles —sin distinción, pero siempre y cuando se irroguen efectivamente— en la magnitud que establece el artículo 1321 del Código Civil Peruano de 1984.

15.3.2.7. Daños moratorios y compensatorios

Atendiendo a la causa, los daños pueden ser moratorios o compensatorios.

La doctrina, al distinguirlos, parte del incumplimiento a su debido tiempo de la obligación pactada (moratorios) o del incumplimiento por el deudor (compensatorios).

Al respecto, se dice que las obligaciones cuyo objeto es dar una suma de dinero solo pueden engendrar daño moratorio, el cual se aprecia sobre la base de los intereses del capital adeudado; salvo, según el artículo 1324 del Código Peruano, que se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior. En cambio, otro tipo de obligación, la emergente de hechos ilícitos, por ejemplo, origina solo daño compensatorio. En fin, una obligación cuyo objeto sea entregar algo distinto que una suma de dinero, el deber del vendedor en una compraventa, por ejemplo, engendrará daño compensatorio y moratorio.[391]

[391] OMEBA. Enciclopedia Jurídica. *Op. cit.*, tomo V, p. 603.

Sin embargo, ello no es estrictamente exacto, pues en ambos casos se podrán generar daños y perjuicios compensatorios y moratorios.

Refiriéndose a la ejecución forzosa indirecta o por equivalente de las obligaciones, Julien Bonnecase[392] indica que esta se opone al cumplimiento forzoso directo, en el sentido de que no habiendo podido obtener el acreedor el objeto de la obligación, se repara el perjuicio que ha sufrido mediante una suma de dinero, llamada indemnización de daños y perjuicios; y que dentro de esta, se distinguen dos categorías: los moratorios y los compensatorios.

El objeto de los primeros es reparar las consecuencias perjudiciales de un retardo en el cumplimiento de las obligaciones. Los daños y perjuicios compensatorios —agrega Bonnecase—, se refieren a las consecuencias perjudiciales de un incumplimiento definitivo de la obligación.

Casi las mismas reglas se aplican a ambas categorías de daños y perjuicios —dice el citado autor—, salvo en lo que se refiere a la constitución en mora, que no siempre es indispensable en los compensatorios. La doctrina, entonces, suele concluir que ambas categorías no se excluyen una a otra, pudiendo las primeras sobreponerse en cierta medida al cumplimiento de la obligación.[393]

[392] Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil,* tomo II, p. 433.

[393] Así, por ejemplo, Lafaille (Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, vol. VI, tomo I, p. 200) expone que la distinción entre daños moratorios y compensatorios atiende la indemnización provocada respectivamente por el retardo y por el incumplimiento. Con criterio estricto, agrega Lafaille, ambos serían «compensatorios», por cuanto sirven para indemnizar el perjuicio.
Por su parte, Raymundo M. Salvat señala que los daños e intereses compensatorios y moratorios se rigen, en general, por las mismas reglas, salvo las dos diferencias siguientes: (a) La constitución en mora del deudor, indispensable para que haya lugar a los intereses moratorios, no siempre es requerida para los compensatorios; (b) Los intereses moratorios se acumulan con la ejecución directa de la obligación, los compen-

Bajo su forma ordinaria, también se dice que la indemnización compensatoria no es sino la evaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuese ejecutada.

Así, en lugar de una ejecución que ya no es posible, el acreedor obtiene una «ejecución en dinero», una «ejecución por equivalente» como diría la doctrina francesa.

En cambio, la indemnización moratoria consiste en la evaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuese ejecutada en la época en que debió ser cumplida.

En torno de esta distinción, Alterini, Ameal y López Cabana[394] señalan que si, por ejemplo, «V» vende a «C» una lavaropas y no la entrega en fecha, hay daño moratorio; si su inejecución es definitiva, genera daño compensatorio. El daño moratorio —agregan los citados autores— puede ser anexado al cumplimiento tardío de la prestación, a su ejecución específica, o a la indemnización del daño compensatorio.

Por su parte, Raymundo M. Salvat[395] opina que en las obligaciones de origen contractual que no tienen por objeto sumas de dinero, puede haber daño por retardo (daño moratorio) y daño por inejecución (daño compensatorio). Agrega que en las obligaciones de origen contractual que tienen por objeto sumas de dinero, solo es posible configurar daño por retardo. En los actos ilícitos —dice el referido

satorios, por el contrario, no se acumulan con ella, sino que se acuerdan en su lugar (Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, pp. 96 y 97).

394 Alterini, Atilio Aníbal, Óscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Responsabilidad por el ejercicio profesional.* Ponencia presentada al segundo encuentro de Abogados civilistas, realizado en Santa Fe entre el 30 de junio y el 2 de julio de 1988. Publicada en la obra de los mismos autores titulada *Derecho de Daños y otros Estudios*, tomo I, pp. 227 y 228.

395 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, pp. 92-126.

autor— no puede existir sino reparación por daño compensatorio. Pero en todos los casos de daño reparable —finaliza Salvat—, correspondan a obligaciones de origen contractual o a actos ilícitos, se trate de retardo o de inejecución, de daño material o de agravio moral, existe una forma única y común de reparación que es el dinero.

En suma, puede inferirse que la indemnización por daño compensatorio procede cuando el deudor no cumple su obligación, «o cuando la cumple en forma imperfecta, o sólo la cumple en parte».[396]

En la imposibilidad de obtener la ejecución directa de la obligación, la ley acuerda al acreedor una ejecución equivalente. En otros términos, compartimos aquel criterio que expone que, en este caso, los daños a resarcirse entran en lugar de la prestación prometida, «compensan» su falta de cumplimiento.

La indemnización por daños moratorios, por el contrario, procede cuando hay retardo en el cumplimiento. Es decir, estos se reconocen al deudor por su mora en el cumplimiento de la obligación. Se supone que luego de alguna demora, el deudor termina ejecutando voluntaria o forzadamente su obligación; así, los daños y perjuicios moratorios representan el perjuicio sufrido por dicho retardo.

Asimismo, la doctrina coincide en que ambos tipos de indemnización están sometidos, en cuanto a su determinación, a las mismas reglas generales.

En ese sentido, la inejecución definitiva o el retardo de la prestación asumida, dan al acreedor el derecho de obtener la reparación indemnizatoria, que se traduce en una suma de dinero, en reemplazo del bien que se debía entregar, o del servicio (positivo o negativo)

396 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, p. 900.

que se tenía que prestar, y como resarcimiento de las ventajas dejadas de percibir a causa de tal incumplimiento.

En caso de mora —acota la doctrina nacional—, la indemnización se acumula a la ejecución específica de la obligación.

En torno de la suma o acumulación de estas dos indemnizaciones, la doctrina francesa sustenta que la reparación puede ser a la vez por el perjuicio causado por la inejecución misma y por el que resulta del retardo en la ejecución. Así, por ejemplo, los Mazeaud[397] ponen el siguiente ejemplo: un depositario deja perecer el objeto depositado. Desde este instante está obligado a reparar el daño causado al propietario por la destrucción del objeto; le debe desde ese día indemnización compensatoria, equivalente al valor del objeto. Pero, si no cumple inmediatamente con esta obligación, le debe a la víctima, además, la reparación del perjuicio que haya podido causarle por su retardo.

En el caso de inejecución definitiva, siendo la indemnización en dinero la compensación del daño experimentado por el acreedor a consecuencia de la inejecución de la obligación, es claro que esta indemnización jamás puede acumularse con la ejecución efectiva.

Por consiguiente, si hubo una ejecución parcial útil para el acreedor, la condena a la indemnización de daños y perjuicios no puede pronunciarse sino teniendo en cuenta la ventaja que ha sacado de la ejecución incompleta y esta ventaja debe deducirse del monto de la indemnización que se habría debido en caso de inejecución total.

La indemnización moratoria de daños y perjuicios tiene por carácter esencial acumularse necesariamente con la ejecución efectiva de la obligación, puesto que representa el perjuicio que resulta del retardo, perjuicio que no desaparece por la ejecución ulterior de la obligación.

[397] Citados por Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 464.

Ahora bien, existe discrepancia entre los autores, en torno de si es preciso constituir previamente en mora al deudor —ya sea por intimación o legalmente— para después reclamarle los daños y perjuicios moratorios.

Al respecto, la respuesta afirmativa parecería ser la regla general; pero en relación con este tema, nos ocuparemos en extenso al comentar los sistemas de constitución en mora, rubro al cual remitimos al lector.

15.3.2.8. La llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad

15.3.2.8.1. Generalidades. Marco conceptual

El nacimiento de la responsabilidad civil tiene como uno de sus presupuestos esenciales que se haya infringido un daño al agraviado; pero no cualquier daño, sino un daño cierto —tanto en lo referente al interés que afecta, como al hecho que lo produce— y no un daño meramente eventual o hipotético. Esto implica que para que el daño sea indemnizable, debe necesariamente existir certidumbre en cuanto a la existencia misma del agravio, ya sea presente o futuro, aunque su monto no pueda ser determinado con precisión al momento de la expedición de la sentencia.

Ahora bien, sin perjuicio del carácter esencial de este requisito, es preciso señalar que el daño, entendido como consecuencia de una conducta antijurídica, es siempre posterior en el tiempo al hecho que lo produce. No obstante, el daño es susceptible de presentarse de distintas maneras y en diferentes circunstancias, sin que por ello deje de ser cierto e indemnizable. En este sentido, tomando como punto de referencia el momento en que el órgano jurisdiccional dicte sentencia, lo cual evidentemente ocurre con posterioridad a la verificación

del evento dañoso, es posible identificar, entre otros, distintos tipos de daños, conforme describimos a continuación.[398]

(a) Daño Actual

Es aquel que emana de un hecho ya acontecido y que ha producido todas sus consecuencias al momento de reclamarse la indemnización.

En este supuesto, se entiende que el daño ya se ha producido y que, por tanto, existe en el acto, en el instante en que nace la responsabilidad.[399]

(b) Daño Futuro

Cuando resulta de un hecho ya ocurrido, cuyos efectos nocivos no han desarrollado aún todas sus consecuencias, pero que se espera que de acuerdo al curso ordinario de los acontecimientos lo hagan.

En este caso, las consecuencias futuras del evento dañoso son indemnizables siempre que exista la certidumbre o alta probabilidad de que estas ocurran.

Este tipo de daño se contrapone al daño hipotético o eventual, referido a la situación en que al momento de reclamarse la indemnización, aún no se ha producido el evento dañoso y lo único que existe

[398] Véase Cazeaux, Pedro N. «Daño Actual. Daño Futuro. Daño Eventual o Hipotético. Pérdida de Chance». En *Temas de Responsabilidad Civil* en Honor al Dr. Augusto M. Morello. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L.,1981, pp. 17-24; Zannoni, Eduardo. *El Daño en la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Astrea, 1982, pp. 41-47; Compagnucci de Caso, Rubén. *Manual de Obligaciones*. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 153.

[399] De Cupis, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Traducción de la Segunda Edición Italiana. Barcelona: Bosch, 1975, p. 320.

es una posibilidad de que éste acontezca, en cuyo caso no se tiene derecho a reclamar indemnización alguna. De este modo, cuando la consecuencia del hecho que se alega no es necesariamente dañosa, sino contingente o puramente temida, entonces el daño es incierto.

La distinción entre daño actual y daño futuro puede quedar mejor definida mediante el ejemplo de un conductor de taxi que es chocado por otro automóvil. En el ejemplo propuesto, el órgano jurisdiccional apreciará —al momento de dictar la sentencia— que son daños actuales los costos de reparación del automóvil, las ganancias dejadas de percibir por la imposibilidad del taxista de continuar con su trabajo, los gastos de curación de las lesiones del chofer, etc. Los daños futuros, en cambio, serán aquellas ganancias que, con posterioridad al fallo judicial, el taxista hubiese obtenido de manera previsible de no haberse producido el choque.[400]

Como se puede advertir, la clasificación de los daños en actuales y futuros no necesariamente coincide con el daño emergente y el lucro cesante. En efecto, «el daño, sea como daño emergente o como lucro cesante, puede ser actual y futuro. El momento que se considera para la distinción es el del fallo. El juez al dictar sentencia y condenar al autor del acto ilícito a las reparaciones consiguientes, puede encontrar que el daño positivo se ha consumado ya totalmente o sólo en

[400] Sobre la distinción entre daño actual y daño futuro resulta gráfico el ejemplo de la explotación de una mina que había causado un hundimiento del terreno adyacente; se habían producido, además, algunas grietas en las paredes de una casa contigua. El propietario no sólo reclamaba la reparación del daño actual que sufría, sino que pedía además una indemnización suficiente para permitirle reconstruir enteramente su casa, arguyendo que, en el futuro, el hundimiento se acentuaría y haría necesaria una reconstrucción total de la vivienda. Habiendo sido verificada la realidad de los argumentos del demandante, la solicitud de reparación del perjuicio futuro y cierto fue acogida. Citado en: Mazeaud, Henri y Léon, y André Tunc. *Op. cit.*, vol. I, tomo I, p. 306. Nota al pie 6 bis.

parte. El daño futuro es aquel que no se ha producido, pero que aparece como previsible prolongación de un daño actual, según las circunstancias del caso y las experiencias de la vida, y el juez debe asimismo considerarlo al dictar sentencia y fijar el resarcimiento».[401]

En el caso del lucro cesante, «puede suceder que en el momento en que se juzga el daño, la atribución del bien se habría ya verificado de no haber concurrido el hecho dañoso, por lo que, he aquí, y ahora, que la situación de perjuicio se exterioriza sensiblemente y el daño puede considerarse como presente, actual. Valga decir, el acontecimiento que ha impedido el incremento patrimonial se ha realizado en el intervalo que existe entre el hecho dañoso y el juicio, por lo que, en el momento del juicio, el daño por lucro cesante, es actual, presente. Pero puede también suceder que, en el momento del juicio, aún no se haya producido, por lo que la situación perjudicial no ha devenido apreciable, sensible, y en consecuencia no se está en presencia de un daño actual, sino futuro, y por ello, el juicio recae sobre un daño que es futuro, considerado en relación con el juicio mismo».[402]

Queda claro, entonces, «que el daño por lucro cesante, que siempre tiene la condición de futuro respecto al momento en que se ha producido [...] puede ser presente o futuro relacionado con el instante en que se produce el juicio».[403]

De otro lado, se ha señalado que la distinción entre daño presente y daño futuro también resulta aplicable al daño emergente. En este caso, es usual que el daño emergente sea presente (actual) respecto al momento en que se aprecia. No obstante, «puede suceder que el interés, objeto del daño, integre una expectativa jurídica de atribución a una persona en el momento en que se causa el daño, sin que tal daño (es decir, la lesión de aquel interés) tenga lugar ni en el instante en que se produjo ni en el del juicio, por lo que se tendrá un daño emergente futuro».[404]

[401] Sentencia de la Cámara Nacional Civil argentina, Sala F, caso «Gagliano c/ Ferrocarriles Argentinos». Citado en: Cazeaux, Pedro N. *Op. cit.*, pp. 19 y 20.
[402] De Cupis, Adriano. *Op. cit.*, pp. 320 y 321.
[403] *Ibid.*, p. 321.

Ello determina que al analizar el daño actual y el daño futuro de manera conjunta nos encontremos ante cuatro categorías de daños, a saber: el daño emergente actual, el daño emergente futuro, el lucro cesante actual y el lucro cesante futuro. Una de las categorías mencionadas corresponde a la pérdida de la chance.

Sin perjuicio de lo expuesto, no debe perderse de vista —reiteramos— que cualquiera sea la variante de daño ante la que nos encontremos, este debe ser cierto a efectos de que resulte pasible de indemnización.

Habiéndose delimitado el marco teórico-conceptual, nos encontramos en condiciones de abocarnos al estudio de la pérdida de la chance.

15.3.2.8.2. Naturaleza jurídica. La pérdida de la «chance» como daño emergente

La pérdida de oportunidad, o pérdida de la chance como se le denomina en la doctrina comparada, intenta reparar el agravio que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad —todavía no era una certidumbre— de obtener una cierta ventaja patrimonial o de evitar una pérdida.[405] Ello determina que se haya privado al sujeto agraviado de ejercer las posibilidades que tenía de obtener un be-

[404] *Ibidem.*
[405] Peirano, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual.* Tercera Edición. Bogotá: Temis, 1981, p. 364.

neficio patrimonial o de evitar un menoscabo que, aunque futuro, no por ello puede desestimarse su obtención.

La pérdida de la chance, entonces, podría ser calificada como un daño emergente actual o presente; siendo daño emergente en la medida que se ha privado al sujeto agraviado de una expectativa que ya se había incorporado a su patrimonio. El carácter presente de este daño viene dado por la pérdida de la oportunidad generada, la cual se produjo con anterioridad a la expedición de la sentencia. En este sentido, la pérdida de la chance no puede ser un daño futuro, pues lo que se pretende indemnizar no son las ganancias que se habría obtenido de haberse verificado la probabilidad, sino la privación de la chance misma.

Los Mazeaud y Tunc[406] citan el ejemplo clásico en que un transportista encargado de conducir un caballo de carrera al hipódromo, a consecuencia de su tardanza, no logra que el caballo llegue a tiempo para la salida de la carrera; el propietario del animal pierde así la probabilidad de ganar el premio. Nadie sabe y nadie sabrá jamás si, de haber concursado, el caballo hubiese ganado el premio, de ahí que no se pretenda indemnizar por este concepto. Sin embargo, no deja de ser cierto que el caballo tenía la probabilidad de ganar, y esa es la probabilidad que se ha perdido a causa del transportista. A criterio de los autores citados, dicha probabilidad, en el momento de la carrera, tenía cierto valor, el cual, aun cuando sea difícil de cuantificar, no deja de ser menos discutible, habida cuenta que nos encontramos ante un daño cierto, en el sentido que se ha atentado contra una oportunidad existente en la esfera jurídica del agraviado. El propietario del caballo no ha perdido directamente el premio; ha perdido la chance o la oportunidad de participar en la carrera y ganarla.

[406] Mazeaud, Henri y Léon, y André Tunc. *Op. cit.*, pp. 308 y ss.; Alterini, Atilio *et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 260.

Este ejemplo puede ser comparado con la hipótesis en que un editor incumple por negligencia con imprimir un artículo que, por lo novedoso de su contenido, tenía probabilidades de obtener un premio literario. O con el caso en que un abogado, por negligencia, deja transcurrir el plazo de apelación, haciendo perder a su cliente la probabilidad de ganar el juicio.

De los ejemplos citados se extrae como característica fundamental en materia de chance, que quede en ignorancia total el resultado que esta habría tenido de no haberse frustrado su realización.

En efecto, nos encontramos ante un concepto indemnizatorio en el cual se advierte que coexisten un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza, en el sentido que, de no mediar el evento dañoso, el damnificado habría conservado la oportunidad de obtener una ganancia o de evitar una pérdida patrimonial. Pero además, se presenta la incertidumbre de si, manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado.[407]

[407] Zannoni, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 50 y 51.
Sobre el concepto de la pérdida de la chance, cabe citar la Sentencia CNCom. argentina, Sala B, 7/2/89, «Muraro, Heriberto c/Eudeba SEM» LL, 1989-D-288, en cuanto establece que:
«Por daño debe entenderse el menoscabo a todo interés —y no sólo a un interés legítimo o derecho subjetivo— que integra la esfera del actuar lícito de una persona, a consecuencia del cual ella sufre la privación de un bien procurado a través de un actuar; la chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto, conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño.
La indemnización por pérdida de la chance no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo resarcible es la chance misma, la que debe ser apreciada judicial-

Se trata de una situación en que se ha producido un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que no puede saberse si el afectado por dicho comportamiento antijurídico habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Dicho en otros términos, «*para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no una cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades*»[408] (la cursiva es nuestra).

La dificultad en la identificación de este tipo de daños proviene de que, en este supuesto, no resulta posible ya esperar para determi-

mente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido.
En el terreno de las chances, queda patentizado que para ser daño jurídico no es necesaria la vulneración de un derecho subjetivo, sino de la mera esperanza probable de un beneficio o lucro, esperanza que de por sí no significa un derecho a reclamar algo a alguien, puesto que aún no se ha concretado una facultad de obrar de esta manera, sino tan solo la frustración de la posibilidad de lograr consolidar la adquisición de un bien jurídicamente protegido.
La chance configura un daño actual —no hipotético—, resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por el responsable, y puede ser valorada en sí misma aun prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad».
De otro lado, mediante Sentencia CNFedCivCom, Sala III, 11/3/92, «Alanes Johannessen, Héctor y otra c/Empresa Ferrocarriles Argentinos», LL, 1992-D-524, se estableció que «cuando se reclama indemnización por el fallecimiento de un menor de diecisiete años, único hijo, que había cursado estudios y que contribuía al sostenimiento del hogar, se pretende resarcir la pérdida de una chance u oportunidad, que si bien implica un juicio sobre el futuro, no constituye una mera conjetura, ya que se sustenta de modo suficiente en lo que la experiencia de vida indica al juez que suele suceder, brindando más adelante, probablemente, a sus progenitores no sólo ayuda patrimonial, sino asistencia en las restantes necesidades que trae aparejada la ancianidad». En Ghersi, Carlos Alberto. *Teoría General de la Reparación de Daños*. Buenos Aires: Astrea, 1997, pp. 400-402.

[408] Cazeaux, Pedro N. *Op. cit.*, pp. 23 y 24.

nar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva. Nada la podrá modificar, lo cual determina que, por su culpa, el demandado haya detenido el desarrollo de una serie de hechos potencialmente capaces de ser fuente de ganancias o de pérdidas, pero cuyo resultado jamás se conocerá.[409]

Hasta donde hemos podido indagar, la jurisprudencia nacional no ha tenido en cuenta el concepto de pérdida de la chance para resolver las controversias derivadas de la indemnización de daños y perjuicios. No obstante, este concepto ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia francesa, razón por la cual hemos considerado pertinente comentar algunas de las sentencias más importantes emitidas por la Corte de Casación francesa sobre el particular:[410]

- Mediante Sentencia Casatoria de fecha 19 de marzo de 1997, la Corte de Casación francesa estableció que «de acuerdo a ley, las Asociaciones Deportivas se encuentran en la obligación de informar a sus adherentes de la necesidad de contar con un contrato de seguro contra accidentes personales a fin de brindar cobertura en caso de daños corporales. Para estos efectos, deben tener a disposición de sus miembros las fórmulas de garantía susceptibles de reparar los atentados a la integridad física de los deportistas».

  Habiéndose producido un perjuicio a un deportista miembro de la Asociación Deportiva demandada, el cual no se encontraba asegurado debido al incumplimiento de esa Asociación de las obligaciones para con sus integrantes, la Corte consideró «que dicho incumplimiento generó en el deportista deman-

[409] Mazeaud, Henri y Léon, y André Tunc. *Op. cit.*, p. 307.

[410] Fuente: http:// www.courdecassation.fr. Traducción libre.

dante una pérdida de la chance de contar con un seguro contra accidentes personales, cuando se verificó el accidente que generó el daño», condenándose a la Asociación Deportiva a indemnizar el daño infringido por este concepto.

- De otro lado, nos encontramos con el caso en que un agente general de seguros había retenido de manera indebida durante seis meses los documentos necesarios para la formalización de un contrato de seguro de un grupo de trabajadores, lo cual determinó que deviniera en imposible la celebración de dicho contrato. El referido agente general, además, no cumplió con comunicar este hecho a los asegurados.

  Verificado el siniestro, los trabajadores no pudieron acceder al beneficio de la póliza de seguro que creyeron haber contratado, por lo que demandaron al agente de seguros el resarcimiento de los perjuicios causados por un monto exactamente igual al que habrían obtenido si el contrato hubiera sido concluido. Mediante Sentencia Casatoria del 19 de junio de 1996, la Corte francesa resolvió condenar al pago de indemnización por daños y perjuicios al agente general de seguros, pues, como resultado de su falta, los trabajadores habían sufrido una pérdida de la chance de contar con una póliza de seguro que los respaldara en caso de sufrir accidentes.

- El caso más complejo quizás se encuentre en la pérdida de la chance infringida a una pareja de esposos que engendraron un hijo que padecía de Trisoma 21, por parte de la institución hospitalaria que, encargada de monitorear el embarazo de la cónyuge, no cumplió con prevenir de la posibilidad de la ocurrencia de este hecho en la etapa prenatal. De acuerdo con los fundamentos de la Corte de Casación emitidos mediante Sentencia N.° 485 del 28 de noviembre de 2001, «el médico tenía la obligación de aconsejar a la paciente embarazada que practi-

cara al feto un examen cromosómico o una amniocentesis a efectos de despistar la posibilidad de que el feto nazca con aberraciones cromosómicas, sobre todo, teniendo en cuenta que se trataba de una 'paciente de alto riesgo', dado que presentaba antecedentes familiares de anomalía en la estructura cromosómica y que, además, había presentado dificultades en el curso de los dos embarazos precedentes, pues el primer hijo nació afectado de Trisoma 21 y el segundo embarazo estuvo a punto de ser interrumpido».

Sobre la base de esa consideración, la Corte determinó que «*el hecho de que el médico de la clínica no haya propuesto a su paciente un test que permita el despistaje del Trisoma 21 ha privado a la pareja de esposos demandantes de la posibilidad de recurrir a una interrupción terapéutica del embarazo*, sin haber indagado previamente si la pareja de esposos habría renunciado por adelantado a practicar la referida interrupción del embarazo» (la cursiva es nuestra). De este modo, «se ha privado a la pareja de una información que les hubiera brindado la oportunidad, ya sea de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo, o de prepararse para el recibimiento de un segundo hijo con deficiencias mentales».

Nos encontramos ante un supuesto de pérdida de la chance consistente, no en la probabilidad de obtener una ganancia futura, sino de evitar un agravio. En el caso descrito, la falta del médico sustrajo a la pareja de esposos la oportunidad de ejercer la opción de interrumpir el embarazo por motivos terapéuticos, lo cual muy probablemente les habría evitado una desventaja. Quizás no sea posible determinar si, conscientes de la enfermedad, la pareja hubiese decidido tener al niño; o si, por el contrario, hubiese optado por la interrupción del embarazo; lo cierto es que en la etapa prenatal existía una chance de hacerlo. Esta oportunidad, como señala la sentencia, le fue arrebata-

da a los demandantes. En consecuencia, el centro hospitalario fue obligado a indemnizar la pérdida de la chance irrogada.[411]

La cuestión fundamental a determinar radica en establecer si la chance posee o no, independientemente de todo hecho futuro, un valor en sí misma. A criterio de Peirano Facio,[412] la respuesta a esta interrogante debe ser afirmativa, pues basta tener en cuenta situaciones como la especulación sobre billetes de lotería o sobre cualesquiera derechos aleatorios para comprender que la chance posee un valor en sí misma.

En efecto, el buen sentido nos indica que *una vez generada la chance de acceder a determinado beneficio patrimonial, dicha chance se incorpora como un activo del patrimonio del sujeto*. Este activo sin duda tiene un valor, en cuanto es potencialmente susceptible de generar un beneficio futuro; de ahí que su destrucción por un hecho de tercero genere la obligación de indemnizar.

Este concepto podría ser válidamente aplicado al supuesto de un estudiante que postula al examen de admisión de una universidad, instituto superior o de algún instituto de las fuerzas armadas.

[411] A efectos de distinguir con mayor claridad el concepto de pérdida de la chance en el referido ejemplo, es preciso mencionar que, en un caso semejante al descrito, Lionel, un menor nacido con Trisoma 21, interpuso demanda indemnizatoria contra la institución hospitalaria que en la etapa prenatal omitió informar a su madre de los resultados de un dosaje de Beta HCG. Este hecho lo habría privado de la oportunidad de mantener un desarrollo adecuado, acceder a una escuela para niños normales, y a una formación educativa al mismo nivel que las demás personas. En el caso descrito, mediante Sentencia N.° 486 del 28 de noviembre de 2001, la Corte de Casación francesa consideró que el perjuicio causado al menor no está representado por una pérdida de chance, sino que es consecuencia propia de su invalidez y de los efectos que de ella se derivan, condenándose a la indemnización por el daño personal infringido.

[412] Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, pp. 364 y 365.

En los ejemplos descritos, la frustración de las probabilidades de éxito no debe indemnizarse como si fueran los beneficios mismos, sino de acuerdo al valor que se asigne a las expectativas creadas. Estas oportunidades también son parte del patrimonio de la persona, son bienes existentes, verificables, protegidos por el ordenamiento jurídico y, por ende, cuantificables e indemnizables.

Finalmente, Cazeaux[413] cita el caso de un comprador habitual de un billete específico de lotería, que desde tiempo atrás venía adquiriendo el número 20.078 puntualmente. Ocurrió que por error de la Administración de la Lotería, dicho número no fue enviado para un determinado sorteo en que resultó premiado con dos millones de pesos. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires resolvió este caso por mayoría de votos en el sentido de que «no cabe responsabilidad de la Dirección de la Lotería, por que incurriese en un error, que impidió adquirir el billete a quien lo compraba regularmente desde muchos meses atrás, dado que la chance de éste estaba sujeta a diversas contingencias susceptibles de frustrarla (revocabilidad de la concesión, extravío en la remisión del billete, etc.), por lo que dicha chance no constituía una probabilidad suficiente, sino una posibilidad muy vaga y general y puramente eventual e hipotética». Los votos minoritarios de la Sala, en cambio, se inclinaron en el sentido de que la Dirección de Lotería debía indemnizar al comprador habitual del billete que no pudo adquirirlo para el sorteo en que resultó premiado, porque aquella dejó de remitirlo al agente vendedor, como consecuencia previsible de un error culposo, y no cabe descartarlo por hipotéticos eventos posteriores susceptibles de interferir en el curso normal de las cosas.

[413] Cazeaux, Pedro N. *Op. cit.*, p. 25. Véase también sobre este mismo ejemplo: Zannoni, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 53-55.

A nuestro criterio, la opinión mayoritaria de la Sala es acertada en cuanto establece que no nos encontramos ante un supuesto de pérdida de la chance, pues en el caso bajo análisis, la oportunidad de ganar el premio por parte del adquirente habitual del boleto jamás llegó a generarse realmente. En efecto, si bien la pérdida de la chance trata de indemnizar la frustración de la oportunidad de haber obtenido un beneficio o evitado una pérdida, es preciso verificar con anterioridad que dicha oportunidad realmente se haya generado en la esfera jurídica del agraviado. Dicho en otros términos, para que se configure el daño debe existir un bien jurídico —una oportunidad real— susceptible de ser afectado, que en este caso está representada por la chance que se incorpora al patrimonio del perjudicado.

Ello no ocurre en el supuesto descrito, pues no habiendo logrado adquirir el boleto de lotería, mal podríamos colegir que se ha generado una chance susceptible de ser perjudicada en cabeza del adquirente habitual del boleto. En efecto, para que pueda existir perjuicio la chance debe ser real, verificada de manera concreta en la esfera del agraviado; de otro modo, nos encontraríamos indemnizando caprichos y sueños de ganancias calificadas de manera subjetiva por el agraviado, que difícilmente se habrían concretado en la realidad.

En este sentido, no debe perderse de vista que la determinación de lo probable es de por sí compleja; de ahí que el solo hecho de considerar la posibilidad de indemnizar eventos anteriores al nacimiento de dicha probabilidad —en el caso bajo comentario representado por los hechos que impidieron la adquisición del boleto— nos introduce en el peligroso terreno del azar y de la ficción, del cual damos por descontado que saldríamos mal librados.[414]

[414] Aunque con argumentos distintos a los nuestros, Cazeaux también considera que el caso descrito no configura un supuesto de pérdida de la chance, pues, desde su punto de vista, se trata de un supuesto en que no se permitió participar a alguien en un sorteo en que habría resultado necesariamente vencedor, ya que el número que normalmente escogía fue premiado. Ello determina que, a diferencia de los supuestos de pérdida de la chance en que el resultado queda en la ignorancia total, en este caso nos encontramos ante una pérdida cierta. En este sentido, el adquirente habitual del billete no habría perdido una oportunidad, sino que lisa y llanamente había perdido un beneficio incuestionablemente cierto. Ello genera la obligación de la Administración de la Lotería de indemnizar el perjuicio irrogado. Asimismo, tratándose de una ganancia de cuya verificación no cabía duda, el autor citado considera que no resulta lógico rechazar un daño cierto en base a argumentos que no pasan de una mera suposición. Véase Cazeaux, Pedro. *Op. cit.*, p. 26.

15.3.2.8.3. Diferencias entre la pérdida de la «chance» y el lucro cesante

A primera vista, la pérdida de la chance parecería ser una variante del lucro cesante; sin embargo, las diferencias entre estos dos conceptos se encuentran bastante definidas. En efecto, mientras que el lucro cesante busca indemnizar las ganancias que muy probablemente se habrían percibido de no haberse verificado el acto dañoso, la pérdida de la chance va un poco más atrás, buscando proteger las oportunidades de obtener ganancias futuras que se generaron en la esfera del agraviado.

El lucro cesante indemniza la pérdida de los beneficios que de manera ordinaria se habrían obtenido. La pérdida de la chance, en cambio, indemniza la probabilidad misma: la oportunidad altamente verificable que conlleva la opción de obtener beneficios.

Este criterio es compartido por Adriano de Cupis,[415] para quien el concepto indemnizatorio bajo análisis no configura un lucro cesante sino un daño emergente. En este sentido, comentando el ejemplo del caballo que no pudo intervenir en la carrera por culpa del transportista, el autor citado señala que «la victoria es absolutamente incierta, pero la posibilidad de alcanzarla, que es lo que el acreedor ha tratado

[415] De Cupis, Adriano. *Op. cit.*, pp. 318 y 319.

de asegurarse, ciertamente existe, tal vez en proporciones mínimas, en el momento en que se produce el hecho por efecto del que queda excluido, por lo que se está en presencia no ya de un daño por lucro cesante en razón del triunfo impedido de alcanzar, sino de un daño emergente a consecuencia de la actual posibilidad frustrada de lograr la victoria».

De esta manera, se transforma el perjuicio del cual el resultado es incierto, en un perjuicio cierto, que deviene un elemento del patrimonio. La chance o probabilidad (vale decir efectiva y congrua posibilidad de conseguir un cierto bien) se convierte en un bien patrimonial.[416] Bajo este razonamiento, una diferencia fundamental entre estas dos instituciones radica en que «no se puede exigir al perjudicado que demuestre la certeza absoluta de que las ganancias esperadas se habrían realizado en caso de no verificación del hecho dañoso, y que tampoco es suficiente un interés inseguro o incierto. Entre un extremo y otro cabe una graduación que habrá de hacerse, en cada caso, con criterio equitativo, distinguiendo la mera 'posibilidad' de la 'probabilidad', y teniendo en cuenta que tal vez en algún caso sea indemnizable la mera 'posibilidad' si bien en menor cantidad que la 'probabilidad' base de los lucros cesantes propiamente dichos».[417]

De este modo, el análisis de la pérdida de la chance deberá tener siempre en cuenta que se trata de una indemnización de la chance misma que el juez deberá apreciar en concreto, y no de la ganancia o pérdida que era objeto de ella. En otros términos, el daño se refiere a la chance actual y no a una ganancia futura que en este caso no llega a existir más que en el plano de lo hipotético.[418]

---

[416] Alpa, Guido. *Responsabilidad Civil y Daño.* Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 235.

[417] Santos Briz, Jaime. «Derecho de Daños». Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1963, p. 241.

[418] Orgaz, Alfredo. *El Daño Resarcible.* Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 71.

Ahora bien, la diferencia anotada no es baladí, pues el hecho de que la pérdida de la chance indemnice la frustración de la probabilidad de obtener beneficios y no la pérdida de los beneficios mismos, determina que, al momento de cuantificar, el órgano jurisdiccional tenga que efectuar una reducción sustancial del monto indemnizatorio respecto de las ganancias que se habrían obtenido. Esto implica que si ante un lucro cesante las ganancias dejadas de obtener fueran como 100, en la pérdida de la chance el monto indemnizatorio deberá ser inferior de acuerdo al criterio del juez.

En consecuencia, la diferencia entre el lucro cesante y la pérdida de la chance no es solamente conceptual, sino que ella influirá necesariamente en la cuantificación del monto que el órgano jurisdiccional otorgue como indemnización.

De otro lado, se puede señalar que el lucro cesante indemniza no la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho al tiempo en que acaece el evento dañoso. En la pérdida de la chance, en cambio, el sujeto no tenía aún la certeza de estar en la situación jurídica idónea para lograr beneficios o ganancias que esperaba obtener en el futuro, esperanza que el evento dañoso frustra definitivamente.[419]

La frecuente confusión entre la pérdida de la chance y el lucro cesante no ha sido ajena a nuestros tribunales. Así, por ejemplo, en la demanda de indemnización de daños y perjuicios por inejecución de obligaciones por culpa inexcusable, interpuesta por el Instituto Nacional de Bienestar Familiar-INABIF, entidad dedicada a la distribución de víveres con fines humanitarios, contra uno de sus empleados,

---

[419] Zannoni, Eduardo. *Op. cit.*, p. 48.

la demandante solicitó ser indemnizada por concepto de «lucro cesante, ascendente a S/. 41,952.66, que comprende la frustración en el logro de las metas y objetos de la Institución (INABIF)». Dicha frustración habría consistido en la imposibilidad de satisfacer la demanda de víveres en que —abusando de sus funciones— el empleado demandado colocó a la referida institución.

Como se puede advertir, el concepto por el cual la entidad demandante reclama indemnización dista de ser un lucro cesante. Por el contrario, un criterio razonable nos indica que lejos de referirse a las ganancias dejadas de percibir como consecuencia de la inejecución de las obligaciones a cargo del demandado, la institución recurrente solicitaba que se le indemnice por la frustración de la oportunidad de cumplir con su objeto social. Pareciera, entonces, que nos encontramos ante un supuesto de pérdida de la chance. No obstante, mediante Sentencia de fecha 10 de diciembre de 1999, la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima[420] resolvió declarar infundada la demanda en el extremo que se pretende indemnización por lucro cesante.

El motivo que llevó a la Sala a declarar infundada la demanda fue la calificación errónea —efectuada por la propia demandante— del concepto indemnizatorio por el cual reclamaba, al considerar como lucro cesante a aquello que en verdad era una pérdida de la chance. No obstante, cabe señalar que el error de la institución demandante no eximía al órgano jurisdiccional de su deber de ordenar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por concepto de pérdida de la chance, en aplicación del principio *iura novit curia.*[421]

[420] Fuente: http:// www.jurisprudenciacivil.com/resol.2/2341-99.html.

[421] Código Civil. «Artículo VII.- Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda».

Para estos efectos, debe descartarse la posibilidad de que al ordenar la reparación de la pérdida de la chance sufrida, sin que haya sido alegada por los agraviados, el órgano jurisdiccional estaría transgrediendo el principio *iura novit curia* para subrogarse en la defensa de una de las partes.

Nada más lejano de la verdad, pues la desestimación del lucro cesante para optar por la pérdida de la chance no es sino un impecable ejercicio de la obligación del juez de aplicar la norma correcta aun cuando esta no haya sido invocada. En efecto, en la resolución comentada el agraviado ha calificado la indemnización solicitada como un lucro cesante, institución jurídica que no le corresponde; de ahí que, en aplicación del referido principio, el órgano jurisdiccional tenía el deber de invocar la institución jurídica correcta que, en este caso, estaba representada por una variante del daño emergente, cual es la pérdida de la chance.

Finalmente, cabe señalar que en el supuesto de que el agraviado hubiese reclamado por concepto de lucro cesante, la inclusión de la pérdida de la chance no implica que la resolución del órgano jurisdiccional que eventualmente se emita sea *ultra petita,* habida cuenta que lo que el demandante solicita es la indemnización por un daño, a lo cual el órgano jurisdiccional debe fijar un monto de acuerdo a lo probado y a su criterio discrecional.

Recordemos que la indemnización que se otorga por responsabilidad civil es *in solutio*, es decir, tiene finalidad reparadora, buscando volver las cosas a su estado anterior o, en el peor de los supuestos,

Código Procesal Civil. «Artículo VII.- El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede irse más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos a los alegados por las partes».

tratando de aminorar el sufrimiento de la víctima. En este sentido, se debe tener presente que, independientemente de la calificación que el agraviado asigne al daño, el petitorio de una demanda indemnizatoria es siempre general, solicitándose —de manera amplia— que se indemnice el perjuicio irrogado. La calificación del daño, entonces, es independiente y no afecta su certeza ni su carácter indemnizable.

Pensar de manera distinta implicaría considerar dicha indemnización como un concepto *in obligatione*, asemejándolo a una deuda previa que el agresor pudiera haber tenido frente al agraviado, lo cual sin duda desdice de la finalidad indemnizatoria de la suma que pudiera asignarse como reparación.

15.3.2.8.4. Criterios de cuantificación del monto indemnizatorio y causalidad

Aunque podría parecer evidente, es preciso señalar que la cuantificación del monto indemnizatorio tiene como requisito previo la comprobación de que se ha generado una oportunidad cierta, verificable y frustrada en la esfera del agraviado. Solo una vez confirmado el daño podemos pasar a evaluar su cuantía.

Para estos efectos, debe tenerse en cuenta que la complejidad de la evaluación de la institución bajo análisis radica en su carácter variable, susceptible de aumentar o de disminuir a partir del momento en que se ha afectado a la víctima, habida cuenta que las probabilidades de obtener beneficios o evitar pérdidas pueden ser más cercanas o lejanas, atendiendo al punto de vista desde el cual son analizadas y a las circunstancias existentes al momento de su valuación. No obstante, es posible adoptar como criterio general que la reparación de una pérdida de chance deberá ser cuantificada de acuerdo al valor de la oportunidad que ha sido frustrada, no pudiendo ser igualada a la ventaja que habría procurado la chance perdida si esta se hubiese ve-

rificado.[422] En este sentido, Bustamante Alsina[423] sostiene que «la indemnización deberá ser de la chance misma, y no de la ganancia, por lo que aquella deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad».

Bajo este razonamiento, la cuantía del resarcimiento estaría dada por la comparación entre las probabilidades de aprovechar una chance y las probabilidades de la misma de no presentarse. La aplicación del principio de cálculo de probabilidades resulta bastante útil en este sentido.[424]

Un análisis matemático de cálculo de probabilidades podría en muchos casos ayudar a determinar el coeficiente que debe aplicarse a la eventual ganancia, a fin de establecer el monto de la indemnización: el valor de la chance perdida podría estar dado por el monto de la ganancia eventual multiplicado por el porcentaje de probabilidad que tenía la víctima de conseguir esa ganancia. En el ejemplo clásico, si el premio al propietario del caballo ganador de la carrera es de 100 y al caballo que no pudo llegar a tiempo se le reconoce el 50% de probabilidades de ganar, el valor de esa chance podría ser, eventualmente, 50.[425]

Asimismo, en caso de que una rifa se realizara entre solamente dos personas, y el premio mayor fuera 100, la probabilidad de ganar

---

422 Casación emitida por la Corte de Casación Francesa el 9 de abril de 2002, expediente N.° 00-13.314. Ver también: Cazeaux, Pedro. *Op. cit.*, p. 24 y De Cupis, Adriano. *Op. cit.*, p. 319.

423 Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 176.

424 Alpa, Guido. *Op. cit.*, 234.

425 De Trazegnies Granda, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual.* Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. IV, tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 49.

de cada una de ellas podría valer 50. Sin embargo, cabe mencionar que la chance no solamente se basa en elementos de tipo cuantitativo, determinables mediante cálculo matemático como en este último ejemplo, sino en elementos de tipo cualitativo (agilidad del caballo, su estado físico el día de la carrera, condiciones de los demás competidores, etc.), en cuyo caso las matemáticas pueden ayudar a ordenar los elementos a tomar en consideración, pero no bastan por sí solas.[426]

Otro elemento que debe tenerse en cuenta para la cuantificación del daño es el carácter aleatorio de la chance. En este sentido, cabe mencionar el caso en que como consecuencia de la negligencia de un abogado que dejó perimir la instancia, su cliente (acreedor en una relación obligacional) perdió la oportunidad de obtener una resolución judicial que le habría permitido acceder a un título de ejecución para cobrar sus acreencias. En el caso descrito, mediante Sentencia de fecha 18 de octubre de 1999, la Corte de Casación francesa[427] resolvió

[426] *Ibid.* p. 50.

[427] Fuente: http:// www.courdecassation.fr. Traducción libre.
En este mismo sentido, en la demanda de rescisión de un contrato de locación de un centro comercial, administrado por la locadora, quien fue declarada responsable de la caída de ventas del centro comercial por cumplimiento defectuoso en la prestación de los servicios asumidos contractualmente (promoción comercial, seguridad a los usuarios, etc.), la CNCiv. argentina, Sala I, causa «Carrefour Argentina SA c/James Smart SA y otro s/cobro de sumas de dinero», ED, 163-208 consideró que «para resarcir la pérdida de chances de venta no es imprescindible la demostración de las ganancias obtenidas en el período anterior, propio de un reclamo de lucro cesante; basta con la demostración de la probabilidad objetiva, que surge de la existencia de la boca de expendio, el reconocido éxito que tenía el centro comercial en los primeros tiempos y la frustración de la continuidad en la actividad comercial derivada de la rescisión anticipada. *Claro está que no acreditada en forma fehaciente una cuantía, de difícil determinación por la naturaleza del perjuicio, deberá aquélla ser prudentemente fijada* [...] considerando el cese de la actividad que también supuso para la reclamante dejar de efectuar erogaciones propias del funcionamiento del local ocupado por la demandada» (la cursiva es nuestra). En Ghersi, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 402.

que «la reparación de la privación de una decisión condenatoria debe ser cuantificada de acuerdo a la pérdida efectiva de la chance que de ello resulta». Para estos efectos, la resolución de la Corte tuvo en cuenta que la posibilidad de obtener una sentencia a favor por parte del perjudicado contenía un fuerte componente aleatorio, pues no era seguro que el órgano superior le diera la razón. Asimismo, la Corte tuvo en cuenta que aun cuando el fallo hubiese sido a favor, dicha sentencia era susceptible de ser apelada.

Ahora bien, se ha dejado sentado que lo que se busca resarcir no son las ganancias que hubiera obtenido el agraviado de no haberse verificado el evento dañoso, pues se trata de un concepto incierto y por demás aleatorio. Tampoco se pretende indemnizar la probabilidad de obtener dichas ganancias, como hubiera sucedido si verdaderamente existiese un lucro cesante que reclamar; por el contrario, lo que se busca reparar es la pérdida de oportunidad a persona dañada de mantenerse en una situación, que seguramente le hubiese otorgado la posibilidad de obtener beneficios. En este sentido, será preciso evaluar el valor económico que hubiese tenido dicha oportunidad a efectos de asignarle un valor discrecional por concepto de reparación del agraviado. La indemnización, entonces, nunca podrá ser igual al monto que estaba sometido al alea propio de la chance, sino conforme a la pérdida efectiva de la oportunidad de intervenir en ella, la misma que deberá ser apreciada y juzgada por el órgano jurisdiccional correspondiente, de acuerdo con las calidades del sujeto frustrado.

En adición a este criterio, el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta el elemento de factor de atribución, a efectos de determinar si el daño se produjo por culpa leve, culpa inexcusable o dolo. Este criterio deberá orientar al órgano jurisdiccional en los casos de responsabilidad contractual, a efectos de determinar si el agente dañoso deberá responder por las oportunidades frustradas que podían preverse al tiempo en que la obligación fue contraída, en los casos de culpa leve, o si el resarcimiento deberá extenderse inclusive a las oportuni-

dades frustradas cuya generación era imprevisible, para los casos de dolo o culpa inexcusable.[428]

De otro lado, como se ha señalado, se deberá examinar el supuesto —sumamente complejo, por cierto— de que el perjuicio haya variado desde el instante en que afectó a la víctima, respecto del momento en que se dicta la sentencia. En estos casos, tratándose de beneficios futuros, el órgano jurisdiccional deberá ponderar la variación en la gravedad del daño a efectos de realizar una proyección de las probabilidades de que la chance en verdad se hubiera realizado en el futuro.

Este criterio adquiere singular relevancia, en tanto que si bien la cuantía de la pérdida de la chance no debe confundirse con los beneficios dejados de percibir, es indudable que la indemnización de la oportunidad de que estos beneficios se verifiquen deberá tener en cuenta el grado de probabilidad de adquirir las ganancias o de evitar la pérdida.

Este temperamento determina que la reparación de la chance perdida se encuentre indirectamente influenciada por el lucro cesante dejado de percibir. De este modo, si bien el lucro cesante no interviene para configurar la naturaleza jurídica de la chance —que es un daño emergente—, sí se hace presente al momento de la determinación de su valor indemnizatorio como uno de los criterios que el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta al momento de fijar el monto indemnizatorio correspondiente.

[428] Código Civil Peruano de 1984:
Artículo 1321.- «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».

Asimismo, el órgano jurisdiccional deberá tener presente la situación personal de la víctima al momento del daño y si se produjo un supuesto de concurrencia de culpa del propio agraviado en la generación de la pérdida de la chance infringida. De igual modo, deberá apreciarse la concurrencia parcial de un tercero o de caso fortuito o fuerza mayor, o en general de causa no imputable, en el origen del daño cuya indemnización se reclama.

Sin perjuicio de la validez de los criterios anotados, cabe tener en cuenta que existen daños en que «cuando el legislador los estima oportuno, respecto a algunos supuestos de daños de carácter especial, [...], remite la liquidación, por considerarlo preferible, al arbitrio discrecional del juez, a su valoración equitativa, que puede adaptarse mejor a la naturaleza de tales supuestos. El legislador sostiene ahora que la justicia mejor, tomada en cuenta la peculiaridad del supuesto, se ha de efectuar gracias a la función prudente del juez».[429]

Este es el caso del artículo 1332 del Código Civil, en el cual nuestro legislador ha previsto un mecanismo para cuantificar el resarcimiento de los daños de difícil probanza. De acuerdo con dicha norma, «si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa».

Esta norma encuentra su precedente inmediato en el artículo 1226 del Código Civil Italiano de 1942, el cual establece que «si el daño no puede ser probado en su monto preciso, el juez lo liquida mediante una valorización equitativa».

[429] De Cupis, Adriano. *Op. cit.*, p. 560.

Comentando el dispositivo del Código Italiano, Adriano de Cupis[430] señala que el citado artículo presupone la imposibilidad de probar la magnitud real y efectiva del daño, por lo que es una institución que, como remedio sucedáneo, viene a suplir la prueba imposible. No obstante, «la valoración equitativa puede también prescindir en casos excepcionales de la imposibilidad, valga decir, no actúa como remedio sino que adquiere la función de instrumento del daño preferido por el legislador a cualquier otra prueba posible».

En este caso, se ha dejado a la libre y prudente determinación del juez el monto del daño resarcible, quien deberá aplicar su criterio discrecional atendiendo tanto a las peculiares circunstancias de la naturaleza jurídica de la pérdida de la chance, como a lo que pudiera requerir el caso concreto.

Finalmente, en cuanto a la causalidad del daño, es materia no controvertida que «sólo se ha de indemnizar aquel daño que constituya una consecuencia del hecho que obliga a la indemnización. Dicho de otro modo, es indispensable un nexo causal».[431]

En materia de causalidad, nuestro ordenamiento civil, en sede de responsabilidad extracontractual, ha acogido a la teoría de la causalidad adecuada.[432] De acuerdo con esta teoría, «a fin de establecer la vinculación de causa efecto entre dos sucesos, es menester realizar un

[430] *Ibid.* p. 559.

[431] ENNECCERUS, Ludwig *et. al. Op. cit.*, vol. 1, tomo II, p. 65.

[432] Mediante Casación N.° 959-97, proveniente del Callao, de fecha 8 de septiembre de 1998, la Corte Suprema se ha pronunciado señalando que «el Código Civil ha acogido la teoría de la causalidad adecuada, tal como se aprecia de su artículo mil novecientos ochenticinco; en efecto, conforme a este criterio en todo fenómeno dañoso debe existir un nexo causal entre el hecho y el daño, [...] la causalidad debe precisarse en base a una observación empírica para determinar si se trata de aquella causa que normalmente produce el resultado».

juicio retrospectivo de probabilidad, cuya formulación es la siguiente: ¿la acción u omisión que se juzga era *per se* apta o adecuada para provocar normalmente esa consecuencia?».[433] Para absolver este cuestionamiento el punto fundamental radica en determinar la normalidad del evento, cuestión que a nuestro juicio debe quedar librada al criterio prudencial del juez. No obstante, el órgano jurisdiccional no podrá dejar de lado que «no es suficiente que un hecho aparezca como condición de un evento si *regularmente* no trae aparejado ese resultado».[434]

En el caso que nos ocupa, como afirma Peirano entendido como daño emergente, la pérdida de la chance encuentra una causal perfectamente establecida: los perjuicios se derivan causalmente del acto dañino, sin necesidad de que intervenga ninguna otra causa extraña para que se produzca.[435]

15.3.2.8.5. A modo de conclusión

A partir de las reflexiones sobre la pérdida de la chance, es posible extraer las siguientes conclusiones:

- La pérdida de la chance es un daño emergente actual, en tanto constituye un activo que se incorpora al patrimonio del agraviado y que es destruido por el evento dañoso con anterioridad a la expedición de la sentencia. En este sentido, se requiere que se ignore el resultado que habría tenido la chance de no haberse frustrado su realización; sin embargo, la existencia de la chance debe ser cierta —comprobable por el juez al mo-

[433] GOLDENBERG, Isidoro. *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil.* Buenos Aires: Astrea, 1984, p. 33.

[434] *Idem.*

[435] PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, p. 564.

mento de expedir sentencia— a efectos de que resulte susceptible de ser indemnizada.

- A diferencia del lucro cesante que busca indemnizar las ganancias futuras dejadas de percibir a causa del evento dañoso, la pérdida de la chance va más atrás, tratando de indemnizar la destrucción de la chance misma, entendida como elemento del patrimonio. Ello determina que, al momento de establecer la indemnización correspondiente, el órgano jurisdiccional no podrá evaluar los beneficios que se habrían obtenido de no haberse realizado el evento dañoso, sino que tendrá que asignar un valor a la oportunidad frustrada que tenía el agraviado de haber percibido ganancias o evitado perjuicios. No obstante, los beneficios perdidos podrán servir al juez como criterio referencial a efectos de asignar un monto indemnizatorio a la chance perdida.

- En el supuesto de que se haya generado una oportunidad frustrada en cabeza del agraviado y este llegara a calificar el daño infringido como lucro cesante o cualquier otro concepto indemnizatorio que no le corresponde al momento de formular su demanda, el órgano jurisdiccional estará en la obligación de aplicar el concepto indemnizatorio correcto, en este caso, representado por la pérdida de la chance, en aplicación del principio *iura novit curia.*

- Cualquiera que sea la indemnización que se otorgue, esta deberá corresponder a la chance frustrada y no al de las ganancias dejadas de percibir. En este sentido, el juez deberá asignar un valor a la chance perdida siguiendo un criterio equitativo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1332 del Código Civil. Este monto deberá ser inferior al de los beneficios a que se refería la chance perdida.

Para estos efectos, el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta el carácter aleatorio de la chance, el factor de atribución del daño, las posibles variaciones del valor de la chance desde su afectación hasta el momento de la expedición de la sentencia, el grado de probabilidad de adquirir las ganancias o de evitar la pérdida, los supuestos de concurrencia de culpas, entre otros.

- Finalmente, a manera de recomendación, es preciso advertir que la pérdida de la chance debe emplearse con prudencia, pues el abuso de esta institución nos haría caer en la tentación de forzar la presencia de uno o más supuestos de pérdida de la chance en el análisis de cualquier evento susceptible de generar responsabilidad civil. No obstante, confiamos en que el sentido jurídico mesurado sabrá distinguir las chances efectivamente perdidas de meros espejismos de agravios no indemnizables.

15.4. La relación de causalidad en la responsabilidad civil

El tema que desarrollaremos a continuación busca dar respuesta a la interrogante de si quien realiza una conducta antijurídica e imputable, que causa a otra persona una serie muy extensa de daños, algunos próximos a su accionar, otros más alejados y otros más remotos o muy distantes, ¿debe responder por todos ellos?

Cabe la posibilidad de que el hecho perjudicial pueda ir desencadenando en relación con otro u otros hechos, más y más perjuicios, algunos directos, otros indirectos, y en el caso de estos últimos no relacionados. En tales supuestos, ¿el deudor deberá responder por todos ellos?

Como bien afirma Mosset Iturraspe,[436] «la vida es una concatenación infinita de sucesos, que se prolongan en el tiempo, algunos pre-

[436] Mosset Iturraspe, Jorge. «La relación causal». En *Responsabilidad Civil.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L. 1992, p. 106.

visibles y otros imprevisibles, normales y anormales, ¿el autor de uno, particularmente importante por ser dañoso, queda vinculado a toda la cadena de consecuencias o frente a determinados efectos, el derecho responde sí y frente a otros responde que no deben resarcirse? Equivale a decir —expresa el autor— que para evitar una responsabilidad tan infinita —amplia, extensa o desorbitada— como son las consecuencias que se siguen de los hechos en el vivir, el ordenamiento jurídico introduce criterios o pautas que permiten recortar los efectos perjudiciales por los cuales se debe responder».

Con el fin de ilustrar lo expresado, señalaremos el siguiente caso: dos vehículos de servicio público, en el afán de ganar el mayor número de pasajeros, colisionan por exceso de velocidad. El accidente se produce en la cuadra 12 de la avenida Arequipa, donde una mujer anciana tenía ubicada su vivienda. En el preciso instante del accidente, la anciana sale al balcón de su casa y presencia la desgarradora escena: todos los pasajeros habían sufrido graves heridas, los dos choferes habían fallecido instantáneamente con el impacto y los vehículos estaban completamente destrozados. La mujer muere de un infarto al corazón, al observar dichas imágenes.

La pregunta que debiéramos formularnos es la siguiente: Las empresas de transportes, responsables del obrar de sus dependientes, ¿deben indemnizar —además de los pasajeros— a los parientes de la mujer fallecida?

Dentro de tal orden de ideas, cabe precisar que el concepto de causa y el de causalidad se utilizan en materia de responsabilidad civil para tratar, básicamente, de dar respuesta a dos tipos de problemas: en primer lugar, encontrar alguna razón por la cual el daño pueda ligarse con una determinada persona, de manera que se pongan a cargo de esta, haciéndola responsable, las consecuencias indemnizatorias; en segundo lugar, se trata de relacionar a la inversa de lo antes señalado al daño con la persona, pues la regla legal, como luego lo veremos, remarcando el uso de la palabra «causa», dice que se indemniza el «daño causado».

En virtud de lo expuesto, se puede señalar —como manifiesta Mosset Iturraspe—[437] que la denominada «relación de causalidad» se refiere a la vinculación que debe existir entre un hecho y el daño, para que el autor de ese comportamiento deba indemnizar el perjuicio.

Agrega el autor citado que el hecho debe ser el antecedente, la causa del daño y, por tanto, el detrimento o menoscabo aparece como el efecto o la consecuencia de ese obrar. La cuestión se complica cuando se observa la proximidad o lejanía de esos efectos dañosos, respecto del hecho que se considera productor o desencadenante; y, además, porque la mayoría de los hechos no se presentan «puros» o «simples», sino mezclados con otros acontecimientos o bien condicionados por otros eventos, favorecidos o limitados por esos otros hechos concurrentes, subyacentes y preexistentes.

Lo expuesto se puede observar a través de un ejemplo: un conductor maneja en estado de ebriedad su vehículo. Debido a dicho estado, no divisa a un transeúnte que cruzaba la acera, cuando el semáforo se encontraba en luz roja. El impacto en el cuerpo de la víctima no ha sido tan severo; sin embargo, se presentarán ciertas complicaciones ya que el transeúnte padece de una seria enfermedad: hemofilia.

15.4.1. Teoría de la relación causal

Ahora bien, a efectos de precisar cuál es el hecho determinante del daño se han postulado una serie de teorías de la relación causal, las

[437] *Ibidem*, pp. 106 y 107.

mismas que nos proporcionan criterios que, en la doctrina nacional y extranjera, han debatido sobre el tema referente a cuál es la relación de causalidad que obliga a indemnizar y cuándo esa relación de causalidad es jurídicamente relevante como para fundar una condena indemnizatoria. A continuación revisaremos cada una de dichas teorías, y analizaremos las principales críticas que se les formulan.

15.4.1.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones o condictio sine qua non

Esta tesis, expuesta en el año 1860 por el penalista alemán Maxiliano Von Buri, marca el comienzo del tratamiento orgánico del problema de la relación de causalidad.

Dentro de tal orden de ideas, Goldenberg[438] manifiesta que como lo indica su propia denominación, para dicha teoría todas las condiciones son del mismo valor (equivalentes) en la producción del daño (*Aequivalenztheorie*). No cabe, por consiguiente, hacer distinciones; todas son indispensables, de modo que si faltase una sola el suceso no habría acaecido.

Cada condición —afirma— origina la causalidad de las otras y el conjunto determina el evento *causa causae est causa causati.* Como la existencia de este depende a tal punto de cada una de ellas, si hipotéticamente se suprimiese alguna (*conditio sine qua non*) el fenómeno mismo desaparecería: *sublata causa tollitor effectus.*

En consecuencia —sostiene Goldenberg—, dada la indivisibilidad material del resultado, cada una de las condiciones puede considerarse al mismo tiempo causa de todo el desenlace final. Es suficiente, pues, que un acto haya integrado la serie de condiciones desencadenantes del efecto dañoso para que pueda juzgarse que lo causó. Por lo tanto —se concluye—, para la atribución de un hecho a una persona es suficiente que ella haya puesto una de las condiciones necesarias para su advenimiento.

[438] Goldenberg, Isidoro H. *Op. cit.*, pp. 19-24.

Para aseverar que nos encontramos ante una condición *sine qua non* —concluye el autor—, basta que se pueda responder afirmativamente a la siguiente interrogante: ¿es cierto que sin el hecho o la falta en cuestión, el daño no se habría producido?

La doctrina encuentra criticable la tesis expuesta, por las siguientes consideraciones:

(a) La teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non* eleva el rango de la causa de un daño a cada uno de los numerosos hechos antecedentes, cuya concurrencia determina —precisamente— ese resultado, lo que significa extender ilimitadamente las consecuencias que derivan del encadenamiento causal de los sucesos.

(b) El deber de resarcir, por la mecánica propia de la tesis expuesta, no podría atenuarse en forma alguna. La existencia de culpa concurrente de la víctima resultaría —de este modo— irrelevante.

(c) Quedaría de hecho eliminada la noción de «concausa», la misma que es considerada —desde esta posición— como causa en sentido jurídico. El vínculo subsistiría, entonces, aunque para la creación del efecto hubiesen concurrido otros motivos, de aparición simultánea o sucesiva.

(d) Finalmente se cargan en la cuenta del autor —cualquiera que haya sido su intervención— todas las consecuencias, aun las más remotas y distantes, aunque ellas propiamente no deriven

del accionar del sujeto, pues no se admite interrupción alguna del nexo causal.

Añade Antunes Valera[439] que la fórmula de la condición *sine qua non,* peca además de por exceso, por defecto, ya que no comprende dentro del nexo de causalidad, ciertos daños que sería injusto no poner a cargo del autor de un hecho, como ocurre en la hipótesis que ha sido denominada de causalidad acumulativa o alternativa o en los daños causados por miembros indeterminados de un grupo. El miembro indeterminado de un grupo que efectúa disparos o lanza cócteles molotov, sin que de ninguno de ellos, aisladamente considerados, se pueda decir que sin él no hubiera ocurrido el daño sufrido por la víctima, no es causante del daño, de manera que habría que entender que no debe ser considerado responsable en el sentido de la condición *sine qua non* del daño verificado. Y, al revés, si se considera que hay autoría múltiple, el daño se está imputando a persona o personas que no lo han causado.

Mosset Iturraspe,[440] por su parte, ironiza sobre esta teoría y señala que ella conduciría a responsabilizar al carpintero que ha confeccionado la cama, en la cual yace la pareja adúltera. Por ello, sostiene que «igualar la incidencia, la virtualidad de las condiciones, hasta el punto de tenerlas a todas y, a la vez, a cualquiera de ellas por causa, es, sin lugar a dudas, excesivo e irracional».

Finalmente, consideramos importante recoger el ejemplo dado por el profesor Jorge Beltrán Pacheco,[441] que a nuestro parecer resumiría los postulados de la teoría analizada. En este sentido, el autor nacional señala que la teoría de la *conditio sine qua non* puede llevar a absurdos tales como el reseñado en el siguiente caso: «Una mujer X arroja una maceta a su marido. Y ante ello surge la siguiente interrogante: ¿Quiénes serían responsables del resultado dañoso de acuerdo al criterio recogido por esta teoría? Según dicha teoría serían responsables: Quien hizo la maceta, porque de no haberla hecho, la mujer no hubiera podido tener dicha maceta para ocasionar el daño; los padres de la mujer porque de no haberla procreado no se hubiese producido el daño, etc. Así podemos llegar hasta una Responsabilidad Divina: porque de no haberse creado el mundo no habría víctimas».

Como se puede apreciar, la teoría de la equivalencia de condiciones o *conditio sine qua non* se valió de argumentos poco sólidos, que la condujeron a que fuera fuertemente criticada por los estudiosos en torno a la materia.

A raíz de la marcada oposición a esta interpretación generalizadora —sostiene Goldenberg—,[442] según la cual basta la existencia de una vinculación causal entre un antecedente en la sucesión de hechos y el efecto final para configurar la responsabilidad del sujeto, se formulan las llamadas teorías individualizadoras, según las cuales la «causa» ya no es la suma de todas las condiciones necesarias del resultado o alguna de ellas, sino que solo una determinada poseerá esa aptitud.

En virtud de lo expuesto, el problema consiste en seleccionar cuál será la condición relevante que habrá de elevarse a la categoría de causa, a los fines de la atribución jurídica de las consecuencias que de ella deriven.

---

439 Citado por Diez-Picazo y Ponce de León, Luis. Derecho de daños, p. 335. Madrid: Editorial Civitas Ediciones S. L., 1999.

440 Mosset Iturraspe, Jorge. *La relación causal. Op. cit.*, p. 109.

441 Beltrán Pacheco, Jorge. *Responsabilidad Civil. Curso a distancia para Magistrados.* Academia de la Magistratura, Lima, 2002, p. 57.

442 Goldenberg, Isidoro. *Op. cit.*, p. 24.

15.4.1.2. Teorías individualizadoras: Teoría de la causa próxima

El fundamento de esta doctrina, que tuvo gran predicamento en Inglaterra, fue enunciado en el siglo XVI por el filósofo inglés Francis Bacon, en un conocido pasaje de las *Maxims of Law*, quien sostuvo que sería para el Derecho una tarea infinita detenerse en las causas de las causas y las influencias de unas sobre otras, en una concatenación interminable. Basta, pues, considerar la causa inmediata —*proximate cause*—, juzgando las acciones según esta última y sin necesidad de remontarse a un grado más distante —*too remote*—, *in iure non remota causa, sed proxima spectatur.*

En otras palabras, habrá relación de causa efecto si el hecho culpable ha precedido inmediatamente a la realización del daño.

Como expresa Mosset Iturraspe,[443] esta teoría se vale de un criterio simplificador que considera «causa del daño» a aquella que temporalmente se halla más próxima al mismo, por haberse asociado la última a las restantes. Es decir, será responsable quien ha realizado el hecho que es causa próxima del daño y quedarán liberados los autores de comportamientos que se ubican alejados temporalmente de la consecuencia originada. Por ende, solo se responderá de los daños inmediatos y directos, puesto que los restantes, mediatos, indirectos, etc., reconocerán otros hechos como su causa.

Pero esta teoría tampoco ha sido asumida pacíficamente por el Derecho.

Así, la doctrina nacional y extranjera señala las siguientes críticas en torno a la tesis desarrollada:

(a) No soluciona el caso de daños nacidos de hechos que han concurrido de manera simultánea o compleja a su realización. En la medida en que los dos guardan la misma proximidad, no cabría distinguir entre la fuerza productora de uno y de otro.

(b) No brinda respuesta adecuada a los daños que —originados en un hecho indudable— no aparecen enseguida en el tiempo; que requieren de un proceso de exteriorización o manifestación, que los separa o distancia de ese hecho que fue la causa.

(c) No es justa cuando atribuye al último hecho todas las consecuencias que se desencadenan, desconociendo la incidencia de los hechos precedentes que han preparado, casi por completo, ese resultado. Respecto a esta crítica, el siguiente caso la esclarece: Pedro se encontraba conduciendo su automóvil cuando de pronto divisa que al lado derecho de la acera se hallaba una mujer mal herida, a consecuencia de haber sido atropellada y abandonada por el responsable. Pedro, en un afán humanitario, la conduce en su automóvil al hospital más cercano para que pueda recibir ayuda médica. Sin embargo, en el trayecto su automóvil colisiona fuertemente con un camión y la mujer muere. Según la teoría, el responsable de la muerte de la mujer moribunda sería Pedro, aún cuando la víctima hubiera fallecido igual a horas o días del anterior evento, no distinguiendo si se trataba de una persona que antes del choque del automóvil se encontraba sana, en grave estado o incluso moribunda.

La tesis desarrollada (de la causa próxima), al igual que la anterior (de la equivalencia de las condiciones), se funda en un criterio de inmediatez cronológico, y no lógico, generando como resultado soluciones jurídicas totalmente divorciadas del buen sentido.

En la actualidad, como manifiesta Goldenberg,[444] ha sido vivificada en el Derecho Angloamericano y reelaborada y, según ella, se re-

[443] Mosset Iturraspe, Jorge. La relación causal. *Op. cit.*, pp. 109 y 110.

[444] Goldenberg, Isidoro. *Op. cit.*, pp. 25 y 26.

quiere para la existencia del nexo de causalidad una «relación directa» entre la condición y el resultado dañoso o, en otros términos, que no haya mediado ningún otro suceso que fracture dicha vinculación, con lo que —en definitiva— se emparienta conceptualmente con la teoría de la «causalidad adecuada».

Finalmente, es importante señalar que la teoría desarrollada parecería haber sido asumida en el Perú por el Sistema de Responsabilidad Civil Contractual (Inejecución de Obligaciones) en el artículo 1321 del Código Civil de 1984, cuando utiliza la expresión «consecuencia inmediata y directa», sin que tal adopción haya sido excluyente.

15.4.1.3. Teoría de la causa eficiente y de la causa preponderante

En la doctrina alemana se formulan otros planteamientos de acuerdo con los cuales no interesa ya el acontecimiento que ha precedido inmediatamente al daño, sino hay que establecer su condición causal según el grado de eficiencia en el resultado (*causa efficiens*), en oposición al principio de la indiferencia de las condiciones, sustentado por la teoría de la *conditio sine qua non.*

Dentro de esta postura —alude Goldenberg—, una corriente acude a un criterio cuantitativo para caracterizar la condición más activa, señalando que es aquella que en mayor medida ha contribuido a la producción del resultado.

Otra, en cambio, se basa en una noción cualitativa para determinar la causa eficiente, conceptuando como tal la de más considerable eficacia por su calidad intrínseca en el proceso causal, según el curso normal de los sucesos.

Entre los seguidores de esta teoría, tenemos a autores como Kohler —profesor alemán—[445] quien a fin de explicarla postula el siguiente ejemplo: «cuando se siembra una semilla es evidente que para que el fruto se produzca son necesarias, al margen de la acción de la siembra, una serie de condiciones como es el caso de una tierra fértil (apropiada para la siembra), luz solar y la intervención humana del jardinero. Pero —el autor pregunta—, ¿cuál de todas estas condiciones es suficientemente eficiente para generar el resultado?».

[445] Citado por Beltrán Pacheco, Jorge. *Op. cit.*, pp. 54 y 55.

Kohler agrega que existen plantas que crecen en tierras no consideradas fértiles (más aún se tiene algunas que crecen en cemento); de otro lado, hay plantas que no requieren la luz solar para su florecimiento, como es el caso de los helechos; y finalmente no es necesaria la intervención humana en el crecimiento de las plantas. Lo que no se puede negar es que resulta indispensable para la existencia de una planta la semilla, tal como se requiere para la existencia del ser humano de un espermatozoide y de un óvulo que sea fecundado por aquel. Así, se considera que la semilla es aquella condición que tiene —en sí misma— la cualidad de producir el resultado «planta».

Asimismo, el citado autor recalca por qué ello es así. Responde que lo es «porque la siembra de la semilla es una condición que tiene en sí la fuerza determinante de la calidad de la consecuencia, en tanto que los otros antecedentes no influyen sobre esta calidad, sino que de ellos depende solamente que la consecuencia se produzca».

Mosset Iturraspe,[446] por su parte, expresa que «esta teoría supera las dos anteriores y que acierta en cuanto a su afán de distinguir entre las condiciones, las eficientes para producir el daño, de las ineficientes o inadecuadas. No basta comprobar que un hecho ha sido antecedente de otro para afirmar que sea su causa eficiente; para ello es necesario que por sí tenga la virtualidad de producir semejante resultado».

[446] Mosset Iturraspe, Jorge. *La relación causal. Op. cit.*, p. 110.

Por otra parte, la teoría de la causa preponderante —según Goldenberg—[447] estima que debe reputarse «causa» a aquella condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y adversos a la producción del daño, es decir, aquel acto que por su mayor peso o gravitación imprime la dirección decisiva para el efecto operado. Se le ha denominado también la «Teoría del equilibrio».

Para mejor ilustración de la teoría bajo estudio, consideramos oportuno recoger el siguiente ejemplo citado por Beltrán,[448] acerca del piromaníaco: «Juan entrega a Pedro veinte cajas de fósforos, mientras que Pedro entrega los fósforos con un vaso de 'querosene' a Luis el 'piromaníaco', que decide incendiar la casa de Miguel. ¿Quién aportó más en la realización del resultado? Si partimos del criterio de la preponderancia —afirma Beltrán— parece que el responsable, aunque parezca ilógico, sería Juan porque aportó más: 20 cajas de fósforos».

Las teorías de la causa eficiente y de la causa preponderante han sido criticadas por ser arbitrarias en la designación de sus criterios, así como por carecer de rigor científico, al no reconocer un método teórico determinado, como señala Goldenberg:[449] «En efecto, la imposibilidad de escindir materialmente un resultado, de suyo indivisible para atribuir a una condición *per se* un poder causal decisivo, hace caer dichas construcciones teóricas en un empirismo que las despoja de todo rigor científico».

15.4.1.4. Teoría de la causalidad adecuada

El debate doctrinario aparecía trabado y sin posibilidad de llegar a una definición. Era necesario, entonces, superarlo con la incorporación de elementos nuevos, que sirvieran para permitir al juez una distinción razonable entre causa y condiciones, o simples condiciones, no siendo causa del daño cualquier condición, sino aquella que es en general idónea para producirlo.

[447] Goldenberg, Isidoro. *Op. cit.*, p. 28.
[448] Beltrán Pacheco, Jorge. *Op. cit.*, p. 56.
[449] Goldenberg, Isidoro. *Op. cit.*, p. 29.

El primer paso consiste en comprender que la medición de la «eficiencia» no es una cuestión matemática, rígida, susceptible de ser planteada como una fórmula. Tiene las tonalidades intermedias, grises, de los hechos humanos, que deben ser analizados caso por caso, con especial atención a la tipicidad de los efectos.

Dentro de tal orden de ideas, «la relación de causalidad adecuada» no es tema a desentrañar por el legislador, con base en una fórmula por él creada; es cuestión a decidir por el juez de la causa, muy atento a sus peculiaridades, actuando como si fuera un observador óptimo, colocado al momento de la producción del hecho que se juzga en situación de anticipar o inferir las consecuencias perjudiciales que de ese hecho pueden derivarse.

En esta línea de pensamiento —expresa Diez Picazo—,[450] el principio fundamental de la teoría de la causalidad adecuada es «que para imponer a alguien la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, condición *sine qua non* del daño, sino que es necesario, además, que en virtud de los referidos juicios de probabilidad, resulte una causa adecuada para ello».

En igual sentido refiere Reglero Campos[451] que a pesar de que «esta teoría parte de la base de la equivalencia de las condiciones, se

[450] Diez-Picazo y Ponce de León, Luis. *Op. cit.*, p. 338.
[451] Reglero Campos, Fernando. *Tratado de la Responsabilidad Civil.* Navarra: Editorial Aranzadi S.A. 2002, pp. 292 y 293.

ubica en un plano meramente físico o material (nomológico-ontológico). En uno jurídico, no todos los antecedentes causales de un determinado daño tienen la misma relevancia. Esta teoría se construye sobre la base de los juicios de probabilidad formulados por Von Kries, los cuales postulan que frente a situaciones en las que un hecho es resultado necesario de otro, existen otras en las que el resultado es probable, y otras en las que es improbable (también aquellas en las que un resultado nunca podría ser consecuencia de un determinado antecedente). La teoría de la adecuación toma en consideración el segundo tipo de situaciones (consecuencia probable del hecho enjuiciado), teniendo también en cuenta las circunstancias que concurren en el caso concreto».

Atendiendo a este criterio —agrega Reglero—, del conjunto de hechos antecedentes habría que considerar como causa, en sentido jurídico (con potencialidad suficiente para la imputación del daño), solo aquellos hechos de los cuales quepa esperar *a priori* y según criterios de razonable seguridad o verosimilitud estadística (juicio de probabilidad), la producción de un resultado (dimensión positiva de la causa adecuada). O, formulado a la inversa, a la hora de imputar el daño debe suprimirse del curso causal aquellos antecedentes que de forma estadística, muy improbable hubieran dado lugar, por sí mismos, al resultado final (dimensión negativa de la causa adecuada). En definitiva, esta tesis viene a juridificar la teoría de la equivalencia de las condiciones, mediante la negación de la equivalencia de todos los componentes causales, pero no en su manifestación física o material, sino en su dimensión jurídica.

Sin perjuicio de los reparos particulares que puedan formularse a los criterios postulados por esta teoría, se observa que —con distintos enfoques— todos ellos acuden a la noción de «previsibilidad», con lo cual se superpone el concepto de causalidad al de culpabilidad, que metodológicamente debe plantearse *a posteriori* de haberse comprobado la existencia de un vínculo causal. En tal sentido Núñez[452] reprocha a esta teoría, que a fin de estructurar el juicio de idoneidad de la conducta para producir el resultado, se sirve de los materiales propios de la culpabilidad. De este modo, la consecuencia no se pone a cargo del autor por su conexión de sentido puramente físico con la conducta, como lo requiere un proceso de causalidad material entre una causa y un efecto.

Aunque desde el punto de vista de una crítica rigurosa tales objeciones sean valederas, la tesis de la causa adecuada tiene el mérito de dejar gran elasticidad a los tribunales para apreciar los problemas de la causalidad en los supuestos de concurrencia de causas.

Cabe precisar que la teoría bajo comentario parecería haber sido asumida por el Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual en el artículo 1985 del Código Civil de 1984, postulando un criterio de «razonabilidad» y «probabilidad» para la realización del análisis de las condiciones, al referirse a la necesidad de que exista «una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido».

A modo de conclusión, podemos afirmar que el criterio de previsibilidad está en la base de la causalidad jurídica de las consecuencias dañosas por las cuales se debe responder.

A continuación, estudiaremos cada uno de los tipos de consecuencias dañosas previstos en doctrina, así como el tratamiento de las mismas en el Código Civil de 1984.

15.4.2. Clasificación de las consecuencias dañosas

Tradicionalmente, la doctrina clasifica a las consecuencias dañosas en tres tipos, a saber:

---

[452] Núñez, Ricardo. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1959, Parte General, vol. I, p. 262.

15.4.2.1. Consecuencias inmediatas

Según Mosset Iturraspe,[453] «son las que acostumbran a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas. Dado un hecho, la experiencia, la observación del diario acaecer, nos permite anticipar qué se seguirá del mismo, cuáles serán sus efectos, sin perjuicio de los matices o particularidades de cada caso. Al observar una colisión entre dos automotores, según en qué lugar de los vehículos ocurra, su intensidad, etc., estamos en condiciones de anticipar el curso de los sucesos que vendrán, en orden a los daños y su reparación. La normalidad de los efectos dañosos los hace previsibles y de ahí se sigue la atribución de tales consecuencias al agente que debe responder por ellas».

En igual sentido, Goldenberg[454] expresa que las consecuencias inmediatas son «las que acostumbran suceder según el curso natural y ordinario de las cosas». No es necesario, pues, que sobrevengan ineludible o forzosamente (criterio de necesidad); basta que ordinaria y comúnmente sucedan, *quod plerumque fit*, «normalidad del acontecer».

Agrega el autor citado que este efecto tiene que ser apreciado objetivamente, según lo que suele acaecer en las relaciones causales que la vida depara (principio de regularidad).

Añade, asimismo, que el concepto de inmediatez supone que entre hecho y resultado no haya interferencia alguna en el *iter* causal.

Finalmente, se debe destacar que no se trata de un concepto temporal de inmediatez, pues en el caso que una persona envenene a otra y la muerte de esta última se produzca a los dos días de haber ingerido la sustancia letal, habrá conexión inmediata entre dicha acción y

[453] Mosset Iturraspe, Jorge. *La relación causal. Op. cit.*, pp. 112 y 113.
[454] Goldenberg, Isidoro. *Op. cit.*, pp. 66 y 67.

el daño producido: la muerte de la víctima cualquiera que sea el tiempo en que esta ocurra. Por consiguiente constituirá un efecto inmediato en el sentido de que normalmente ese hecho debía ocasionarlo según el curso natural y ordinario de las cosas.

15.4.2.1.1. Imputación de las consecuencias inmediatas

La gran mayoría de legislaciones postula que las consecuencias inmediatas son en todos los casos imputables al autor del hecho.

En efecto, tales consecuencias, por lo mismo que derivan del curso natural y ordinario de los acontecimientos, se las presume siempre previstas. Se trataría de una culpa evidenciada por el efecto dañoso mismo del obrar, como por ejemplo los daños o perjuicios que se causaren con un vehículo al cruzar una calle céntrica, al medio día, en estado de ebriedad.

En estos casos, dice Goldenberg, «aparece claramente la concatenación causal hecho-resultado y, en orden al juicio de probabilidad, así ocurre regularmente».

15.4.2.2. Consecuencias mediatas

Como expresa Mosset Iturraspe,[455] las consecuencias mediatas resultan solamente del hecho del agente con un acontecimiento distinto. No hay en la gestación o producción del daño un solo hecho, sino dos o más hechos que encadenan o relacionan para conducir al resultado. En el ejemplo de la colisión de vehículos, ocurre que el conductor de uno de ellos se dirigía a celebrar un negocio, que fracasa ante su ausencia. Mientras el daño ocasionado al vehículo es consecuencia inmediata, los daños económicos por el fracaso del negocio

[455] Mosset Iturraspe, Jorge. *La relación causal. Op. cit.*, pp. 113 y 114.

son consecuencia mediata. Ha debido sumarse al hecho del accidente un segundo hecho, el de la actividad a cumplir por uno de los conductores.

Agrega el citado profesor que es fácil deducir la enorme riqueza de las consecuencias mediatas. La variedad infinita de los hechos que pueden encadenarse al hecho primero del agente, y del mismo modo, la gama de los daños que pueden resultar. Así, los hechos que sobrevienen o se agregan al del agente, como causas que concurren a producir el efecto perjudicial, pueden ser coadyuvantes, si se conectan con el hecho del agente, sin interrumpir la cadena causal, para —sumados— producir efectos, o excluyentes, cuando tienen virtualidad propia para ocasionar el daño, y por tanto, interrumpen la cadena causal, borran la eficacia de los hechos anteriores.

Finalmente, es importante señalar que las consecuencias mediatas pueden ser previsibles o imprevisibles; a las primeras se les denomina mediatas previsibles o simplemente mediatas, a las segundas se les llama causales.

15.4.2.2.1. Imputación de las consecuencias mediatas

La mayoría de legislaciones prescribe que el autor del hecho dañoso debe responder de las consecuencias mediatas, cuando ellas fueron previstas o eran previsibles, empleando la debida atención o conocimiento de la cosa, de acuerdo con las relaciones causales que suelen acaecer en situaciones similares.

Dentro de tal orden de ideas, Goldenberg[456] manifiesta respecto a dichas consecuencias «que no se investiga la aptitud intelectiva o de comprensión de un sujeto dado, sino que se confronta el acto con la

[456] Goldenberg, Isidoro. *Op. cit.*, pp. 104-112.

conducta genérica, jurídicamente exigible según la previsibilidad de un hombre común, que actúa con la prudencia y solicitud que las circunstancias exijan».

Un ejemplo graficará mejor lo anteriormente expuesto: Un ladrón entra a robar a una casa, y con el fin de evitar que la dueña de la misma ofrezca resistencia, ejerce violencia sobre ella y le inyecta un narcótico. Si la mujer muere por no tolerar la droga, debido a deficiencias orgánicas, dicha consecuencia será imputable al ladrón, ya que aunque el resultado haya sido imprevisible para el agente, era previsible en general, en las circunstancias del caso, por ser la muerte un efecto normal de la droga en personas con ciertas deficiencias en su salud.

15.4.2.3. Consecuencias causales

Como lo adelantáramos, estas consecuencias constituyen una subespecie de las consecuencias mediatas, que se distinguen por su imprevisibilidad.

Para diferenciarlas de las consecuencias mediatas previsibles, se recurre a un factor subjetivo de valor intelectual: la imposibilidad de preverlas, ya que el proceso material de causa a efecto es el mismo en las unas que en las otras.

Se caracterizan principalmente por tener una conexión de tercer o ulterior grado con el hecho generador, es decir se encadena un hecho con un acontecimiento distinto que, a su vez, se enlaza con otro tercer acontecimiento, u otros posteriores.

15.4.2.3.1. Imputación de las consecuencias causales

Como lo manifiesta Goldenberg,[457] la regla general en materia de consecuencias causales es su inimputabilidad, ya que son normal u

[457] Goldenberg, Isidoro. *Op. cit.*, pp. 112 a 117.

objetivamente imprevisibles. Por consiguiente, resulta coherente establecer que dichas consecuencias, por constituir una derivación imprevisible en el *iter* causal, son anormales y, por su calidad de fortuitas, no crean responsabilidad en el autor del hecho. La razón es que desbordan las predicciones de cuanto pudiera razonablemente acaecer.

Un ejemplo ilustrará lo señalado: «María convence a su mejor amiga para que tome unas merecidas vacaciones y viaje al extranjero. La amiga viaja por avión, el cual sufre la avería de uno de sus motores en pleno vuelo, trayendo como resultado su inminente descenso, produciéndose la muerte de la amiga». Evidentemente, María no será responsable de la muerte de su amiga, ya que dicho evento es totalmente fortuito, desprendiéndose su completa imprevisibilidad.

15.4.3. Tratamiento de las consecuencias dañosas en el Código Civil Peruano de 1984

El artículo 1321 del Código Civil Peruano de 1984 prescribe lo siguiente:

> «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
>
> El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.
>
> Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraida».

En primer lugar, cabe señalar que el artículo bajo análisis es aplicable al ámbito de la responsabilidad contractual. En este sentido,

siendo en dicho sistema —como lo prevé el precepto transcrito— el factor atributivo de responsabilidad de carácter subjetivo (medie culpa o dolo en el actuar del sujeto), cuando el responsable inejecute sus obligaciones por «culpa leve» resarcirá las consecuencias inmediatas, entendidas en los términos antes estudiados. En cambio, si el sujeto activo actuara con «dolo» o «culpa inexcusable», responderá por las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles. Sin embargo, en ambos supuestos la norma prescribe que se tendrá la obligación de indemnizar solo los daños directos, es decir los que se ocasionan en una unidad de tiempo y que son originados por la misma inejecución en sí. Los daños ulteriores solo se resarcirán si media pacto entre las partes (argumentos de los artículos 1324 y 1341 del Código Civil de 1984).

Como se sabe también, en el Código Nacional se han equiparado las consecuencias del actuar por culpa inexcusable al actuar doloso, para que —tal como expresan los Mazeaud, en ilustrativa frase— «El malvado no se haga pasar por imbécil»

Por otro lado, en el campo de la responsabilidad extracontractual el tratamiento de las consecuencias dañosas es distinto, según lo prevé el artículo 1985 del Código Civil del texto siguiente:

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

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, como se desprende de la norma citada, el sujeto responsable de un hecho dañoso resarcirá las consecuencias inmediatas, mediatas previsibles y —excep-

cionalmente— las causales, cuando tengan incidencia demostrable y cuantificable. Asimismo, se responderá por los daños ulteriores, es decir por las consecuencias posteriores que se deriven del daño originalmente ocasionado, las que se irán materializando en el tiempo.

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte, Tomo X
Se terminó de imprimir en el mes de octubre del 2003
en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A.
(Reg. Ind. 15621), Gral. Varela 1577,
Lima 5, Perú

PRÓXIMOS TÍTULOS DE DERECHO

DERECHO COMUNITARIO ANDINO
Fabián Novak (Coordinador)
(con la colaboración de la Comunidad Andina)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
Fabián Novak (Coordinador)
(con la colaboración del Comité Internacional de la Cruz Roja)

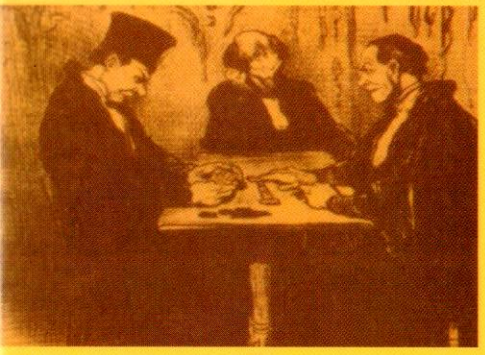
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN EL PERÚ DEL SIGLO XIX
Marcial Rubio Correa

LA DESPROTECCIÓN DEL CÓNYUGE Y DEL TERCERO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES
José Almeida Briceño

LOS ORÍGENES DEL GOBIERNO REPRESENTATIVO EN EL PERÚ. LAS ELECCIONES (1809-1826)
Valentín Paniagua Corazao
(en coedición con el Fondo de Cultura Económica)

RÉGIMEN TRIBUTARIO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: PERSPECTIVA PERUANA
Ítalo Fernández Origgi

Fondo Editorial de la PUCP
Plaza Francia 1164
Cercado de Lima
feditor@pucp.edu.pe



Tratado de las Obligaciones

La presente obra trata sobre la Teoría General de las Obligaciones y luego analiza, en forma exegética, el articulado del Código Civil Peruano de 1984 relativo a esta materia, vinculando los temas con sus antecedentes nacionales y extranjeros, doctrina, jurisprudencia y concordancias.

En palabras del ilustre jurista argentino Doctor Guillermo A. Borda «...esta obra excede largamente de un prolijo comentario del Código Civil de 1984; es una obra de un significado universal, de la que no podrá prescindir ningún estudioso del derecho civil y que honra a la literatura jurídica peruana y latinoamericana».

ISBN 9972-42-599-1