

JUAN ESPINOZA ESPINOZA\*

*Las perspectivas de modernización del Derecho de las Obligaciones: el estado de la cuestión en la experiencia jurídica peruana*

*Sommario:* 1. Introducción; 2. La protección de la parte débil: las cláusulas abusivas; 3. El rol de la buena fe; 4. La responsabilidad contractual y extracontractual: ¿unidad o dualidad?; 5. El daño; 6. La causalidad; 7. El principio de reparación integral del daño; 8. Conclusiones.

1. *Introducción*

El Código Civil peruano de 1984 es una suerte de “Nuevo Testamento” hecho por varios apóstoles. Me explico, mediante D.S. No. 95, del 01.03.65, se creó una Comisión Reformadora que elaboró un Proyecto de Código Civil, presidida por el Profesor Carlos Fernández Sessarego. Posteriormente, por Ley No. 23403, del 27.05.82, se creó la Comisión Revisora de dicho proyecto y, mediante el D. Leg. No. 295, del 24.07.84, se promulgó el actual Código Civil peruano. En 1965, se llamó a los juristas más calificados de la comunidad científica peruana, y en 1976 se encargó a cada uno de ellos, la elaboración de un Proyecto de Libro del Código<sup>1</sup>. Los grandes códigos decimonónicos latinoamericanos, eran fruto de la elaboración de un solo jurista, como es el caso del Código Civil argentino de 1869, obra de Dalmacio Vélez Sarsfield, inspirado en el *Esboço* del Código Civil brasileño, que diseñara

---

\* *Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

<sup>1</sup> Para un detalle de los miembros y asesores que integraron la Comisión Reformadora desde 1965 hasta 1979, ver Fernando VIDAL RAMÍREZ, *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 1992, 93-98.

Augusto Texeira de Freitas, o del Código Civil chileno ideado por Andrés Bello. El actual Código civil peruano si bien es el resultado de los aportes de insignes juristas, encuentra ciertas dificultades a nivel de interpretación sistemática, por cuanto cada libro es tributario de modelos jurídicos que no siempre son coincidentes. Siguiendo la metáfora inicial: cada evangelio tiene una percepción diversa de lo divino. Es el caso del Libro V, de Las Obligaciones, que tiene una marcada influencia de la versión original de *Code civile* francés (para muestra, basta decir que el Código civil peruano mantiene el principio de mutabilidad parcial de la cláusula penal)<sup>2</sup> y el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, que ha recogido en sustancia el *Codice civile* italiano de 1942.

A ello se suma la irrupción del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley No. 29571, del 01.09.10, por el cual también han surgido una serie de problemas a propósito de la interpretación sistemática y armoniosa de sus disposiciones con las del Código Civil y leyes especiales. Este nuevo Código ha introducido, incluso, nuevas categorías, como la del “consumidor equiparado”. Ello ha originado una situación que ha sido calificada magistralmente por Erik Jayme como un “diálogo de fuentes”.

Dado que el ámbito de comprensión del Derecho de las Obligaciones y los Contratos es sumamente amplio, me centraré en algunas de las figuras materia de estas jornadas.

## 2. *La protección de la parte débil: las cláusulas abusivas*

El art. 1398 del código civil peruano, siguiendo al art. 1341 del código civil italiano de 1942, regula a las cláusulas vejatorias<sup>3</sup>. Este dispositivo se aplica tanto para los contratos de

---

<sup>2</sup> Como se sabe, tanto el art. 1152 como el 1231 se reforman por la Ley No. 597, del 09.07.75, de reforma de la disciplina del *Code civil* en materia de cláusula penal, (regulando la posibilidad que el juez aumente la penalidad, cuando esta sea diminuta) y la Ley No. 1097, del 11.10.85, que establece limitadamente la posibilidad que el juez intervenga de oficio. La reforma del '75 “ha sido, no en su adopción formal, sino en su inspiración sustancial, una adecuación normativa (casi una interpretación auténtica) de la elaboración histórico-doctrinal y del trabajo aplicativo-judicial que ha caracterizado constantemente la cultura jurídica francesa” (Silvio MAZZARESE, *Clausola penale Artt. 1382-1384, Il Codice Civile. Commentario*, dirigido por Piero SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1999, 103).

<sup>3</sup> Art. 1398: “En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo

adhesión<sup>4</sup> como para las cláusulas generales de contratación<sup>5</sup> no aprobados administrativamente. Autorizada doctrina nacional define como vejatorias “las cláusulas generales de contratación que alteran, en ventaja del predisponente, el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes”<sup>6</sup>. Para el formante legislativo, son cláusulas vejatorias las que establecen lo siguiente:

- a) Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad.
- b) Suspensión de la ejecución del contrato.
- c) Rescisión y resolución del contrato.
- d) Prohibición de oponer excepciones.
- e) Prórroga o renovación tácita del contrato<sup>7</sup>.

---

o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o de renovar tácitamente el contrato”.

<sup>4</sup> Los cuales son definidos como “una manera de contratar en la cual, sin perderse la autonomía privada manifestada por la libertad de conclusión del contrato, la determinación de las condiciones del mismo es hecha unilateral y exclusivamente por una de las partes y plasmada en su oferta, para que la otra parte, o sea el destinatario, decida a su solo criterio contratar o no en tales condiciones. En el primer caso, aceptará la oferta; en el segundo, la rechazará” (DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, en *Biblioteca Para Leer el Código Civil*, Vol. XI, Primera Parte, Tomo III, Tercera Edición, PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1996,26).

<sup>5</sup> Definidas por el art. 1392 c.c. como “aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”. Sostiene que se trata de fenómenos muy similares BULLARD GONZALEZ, cuando afirma que “resulta difícil imaginar un ejemplo en el que, la adhesión no se dé a cláusulas generales. Por el contrario, el fenómeno de las cláusulas generales resulta teniendo un espectro de cobertura más amplio, permitiendo que la “adhesión” se produzca no a la integridad del contenido contractual, sino a algunas condiciones particulares” (*Contratación en masa ¿Contratación?*, en *Thémis*, Segunda Epoca, No. 15, Lima, 1989, 54).

<sup>6</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, op. cit., 202.

<sup>7</sup> El texto original consideraba como vejatoria la estipulación de fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje. Este ha sido derogado por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil. Esta supresión ha sido criticada, por cuanto “si el sometimiento a arbitraje resulta de una manifestación libre, reflexiva y consciente, en el marco de un equilibrio negocial de las partes, no hay ningún inconveniente. Empero no puede descartarse la imposición de esta vía, en el caso de las CGC, para beneficio del predisponente, quien estará en aptitud de definir el tipo de arbitraje, el lugar en que se desarrollará y aún el procedimiento al que estará sometido” (CARDENAS QUIROS, *Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas*, en *Ius et Veritas*, No. 13, Lima, 1996, 24).

El art. 49.1 del **Código de Protección y Defensa del Consumidor**, Ley No. 29571, del 01.09.10 define a las cláusulas abusivas de la siguiente manera:

“En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos”.

Siguiendo el modelo de la Directiva Comunitaria No. 93/13/CEE, el Código de Protección y Defensa del Consumidor se alinea dentro de los países que asimilan una tutela (que a su vez, se inspira en el modelo jurídico alemán, concretamente, la ley sobre condiciones generales del contrato, *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, AGBG, que entró en vigor el 01.04.77) basada en una lista negra y en una lista gris<sup>8</sup>. La lista negra (art. 50) contiene un elenco de cláusulas que están afectas de ineficacia absoluta y la lista gris (art. 51) de ineficacia relativa. Esta última es un *numerus apertus* (son ejemplificativas, no taxativas). Evidentemente, sólo la autoridad judicial puede declararlas ineficaces, mientras que la autoridad administrativa (según el art. 52.1) puede inaplicarlas. Debe recalcarse que tanto el Código de Protección y Defensa del Consumidor y la Directiva Comunitaria No. 93/13/CEE toman de la disciplina francesa (concretamente la Ley No. 78-23 del 10.01.78<sup>9</sup>), una tutela que sólo se centra en la relación de consumo.

---

<sup>8</sup> Cfr Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente*, en *Tbémis*, Revista de Derecho, Segunda Epoca, No. 38, 1998.

<sup>9</sup> En Francia regía la Ley No. 78-23, del 10.01.78. En 1993 se reformó esta ley por el *Code de la Consommation*, aprobado por Ley No. 93-949, del 26.07.93; pero como se advierte “esta ocasión no sirvió de punto de partida para la unificación de estas dos leyes, por lo que los artículos relativos a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo de la Ley No. 78-23 fueron incorporados sin modificaciones a los artículos L. 132-1 hasta 134-1 del *Code de la Consommation*” (Giancarlo LOZANO BLAS *Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Análisis del régimen europeo y su futura adaptación en el ordenamiento jurídico peruano*, en *Actualidad Jurídica*, No. 134, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2005, 289). Posteriormente se promulga la Ley No. 95-96, del 01.02.95, a efectos de adecuarse a la Directiva Comunitaria 93/13/CEE del 05.04.93 y se modifica así el *Code de la Consommation*. Ello ha llevado a decir que, en esta materia, se ha producido en Francia una *mélange législatif*.

Debemos de partir de la premisa que el universo de la contratación por adhesión no coincide simétricamente con la contratación masiva con los consumidores. Pueden haber casos de contratos por adhesión (con cláusulas vejatorias) en la cuales el adherente no es un consumidor. Es el caso de la contratación que haría un banco para representar sus valores en anotaciones en cuenta con una empresa que ofrece este servicio.

Se presenta una contradicción con lo regulado en los arts. 50 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (que contiene un elenco de cláusulas que están afectas de ineficacia absoluta), 51 (que contiene un elenco de cláusulas que están afectas de ineficacia relativa) y el art. 1398 c.c. (que sanciona con nulidad las cláusulas abusivas). Ello genera –en lo que a relaciones de consumo por adhesión se refiere- las siguientes interpretaciones:

a. en aplicación del principio de especialidad, entender que en la contratación masiva con el consumidor se tendrá el régimen de ineficacia, mientras que en las relaciones en las cuales no hayan consumidores, el de nulidad (art. 1398 c.c.).

b. entender la “ineficacia” (sea absoluta o relativa) regulada en el CPDC como ineficacia estructural, o sea invalidez, entendiendo a la absoluta como nulidad y a la relativa como anulabilidad. En efecto, un sector de la doctrina distingue, aunque en posición que no comparto, la ineficacia estructural de la funcional<sup>10</sup>.

Si bien –como sabiamente sostiene García Maynez- clasificar es un problema de perspectiva, la distinción de ineficacia estructural y funcional, es cuestionable por el simple hecho que parte de la premisa equivocada que el acto inválido no produce efectos jurídicos<sup>11</sup>. No obstante ello, basándome en el argumento de la coherencia en la interpretación normativa (insisto, aunque no compartiendo esta línea de pensamiento) haría entender que, cuando el

---

<sup>10</sup> Como pone en evidencia, María Emilia LLOVERAS DE RESK, *Tratado teórico-práctico de las nulidades*, reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1991, 4.

<sup>11</sup> Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Editorial Rhodas, Lima, 2012, 475 y ss.

Código de los Consumidores, en sus arts. 50 y 51, regula la ineficacia absoluta y relativa, hace referencia a la ineficacia estructural, vale decir, a la nulidad y a la anulabilidad, respectivamente.

Merece especial atención un caso (antes de la vigencia del Código de los Consumidores) que se presentó a un consumidor al cual el proveedor le había perdido las películas de un viaje: si bien la Comisión de Protección al Consumidor, Sede Lima Sur, con Resolución Final No. 2603-2010/CPC, del 05.11.10, declaró infundada la denuncia en el extremo que la cláusula de exoneración de responsabilidad del proveedor era abusiva, mediante Resolución No. 0078-2012/CS2-INDECOPI, del 11.01.12, la Sala de Defensa de la Competencia No. 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, revocó la decisión de primera instancia, declarando fundada la demanda, pues, a su entender, quedó acreditado que el denunciado opuso al denunciante una cláusula abusiva, transgrediendo lo dispuesto en el art. 1398 c.c.

Similar caso resolvió la Corte de Casación Civil francesa en 1989, cuya Primera Sección Civil estableció que: “después de haber puesto en relieve que la cláusula que figuraba en la entrega en depósito exoneraba al laboratorio de toda responsabilidad en caso de pérdidas de las diapositivas, impugnada la sentencia, de la cual resulta que tal cláusula procuraba una ventaja excesiva a la sociedad Minit France y que ésta por su posición económica se encontraba en la condición de imponerla a la propia clientela, ha decidido a buen derecho que esta cláusula revestía un carácter abusivo y debía ser considerada como no puesta”<sup>12</sup>.

### 3. *El rol de la buena fe*

El principio de la buena fe, si bien no ha sido acogido en el Título Preliminar del Código Civil peruano, como lo ha hecho el homólogo español (con la reforma de 1973), es invocado

---

<sup>12</sup> Jacques GHESTIN e Isabelle MARCHESSAUX, *L'applicazione in Francia della direttiva rivolta ad eliminare le clausole abusive*, en *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura de Massimo BIANCA y Guido ALPA, CEDAM, Padova, 1996, 92.

en no pocos artículos. Siguiendo las tres vías de concreción del principio de la buena fe, que ha individualizado autorizada doctrina española, lo encontramos<sup>13</sup>:

a. En el Libro de Acto Jurídico, en el art. 168 c.c.<sup>14</sup>, como un canon o criterio hermenéutico. Es importante tener en cuenta que “la regla de la buena fe en la interpretación quiere ser una medida razonable de lo justo, representando también un límite a la discrecionalidad del intérprete”<sup>15</sup>.

b. En el Libro de Fuentes de Obligaciones, en el art. 1362 c.c.<sup>16</sup>, como un criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones. En el ámbito de la relación contractual, la buena fe obliga a cada una de las partes a comportarse “de manera tal de no perjudicar y más bien, de *salvaguardar el razonable interés de la contraparte, cuando ello no importe ningún apreciable e injusto sacrificio a cargo suyo*”<sup>17</sup>.

c. Como un canon o criterio al que debe someterse el ejercicio de los derechos subjetivos. Un límite de estos derechos es la prohibición del abuso de derecho, invocado en el art. II del

---

<sup>13</sup> Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, *Introducción, Teoría del Contrato*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, 50, aunque refiriéndose a al régimen jurídico de las relaciones de carácter patrimonial.

<sup>14</sup> El cual establece: “El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”.

<sup>15</sup> Giovanni CRISCUOLI, *Il contratto. Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, reimpresión actualizada, CEDAM, Padova, 1996, 339.

<sup>16</sup> Que norma: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

<sup>17</sup> Vincenzo ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 497. Es importante tenerse en cuenta, en materia contractual, que la “reafirmación de la buena fe como principio de integración del contenido del contrato, que extiende sus alcances a todo el *iter* contractual (comprensivo de los períodos precontractual, contractual propiamente dicho e –incluso– postcontractual), fue posible gracias a la labor de reconstrucción de nuestra tradición jurídica (que condujo a una ‘nueva transfusión’ del Derecho romano) y de armonización con las demás Codificaciones latinoamericanas llevada a cabo pacientemente por la doctrina y la jurisprudencia” de países como Argentina y Brasil (Así, David Fabio ESBORRAZ, *Contrato y Sistema en América Latina*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani – Università di Roma “Tor Vergata”/CNR, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, 136).

Título Preliminar<sup>18</sup>, el cual debe ser interpretado sistemáticamente, con el art. 1971.1 c.c. (ubicado en la Sección de Responsabilidad Extracontractual), el cual establece que no hay responsabilidad en “en el ejercicio regular de un derecho”.

Nótese que mientras el art. 168 c.c. entiende al principio de la buena fe en el primer sentido (*a*), el art. 1362 le da una doble connotación a este principio: sea como criterio hermenéutico y como regla de conducta (*a* y *b*). No debe olvidarse que, al ser de un alcance tan general el principio de buena fe, éste se irradia a través de otro grupo de principios, como es el caso del abuso del derecho, fraude a la ley, actos propios, entre otros. Otro sector de la doctrina prefiere calificar estos principios como “extralimitaciones contrarias a la buena fe”<sup>19</sup>. El principio de la buena fe también es reconocido en el art. V.5 del Título Preliminar de la Ley No. 29571, **Código de Protección y Defensa del Consumidor**, el cual regula que:

“En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular”.

Si bien el principio de buena fe es frecuentemente empleado por jueces y árbitros en la interpretación de los actos jurídicos, no es extraña la invocación de sus derivaciones, como es el caso de los actos propios o de la apariencia.

**En materia de relaciones de consumo, el Tribunal de Solución de Controversias del Órgano Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público**

---

<sup>18</sup> El cual regula que: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

<sup>19</sup> Luis DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, 51.

(OSITRAN), mediante Resolución Final No. 003-2011 TSC-OSITRAN, del 27.09.11 (Exp. No. 015-2001), ha tenido la oportunidad de aplicar el **principio de la buena fe**, porque una concesionaria no informó oportunamente a un consumidor sobre las restricciones a los servicios que debía brindar.

**Siempre en la justicia administrativa de tutela del consumidor** se conoció un caso de un consumidor que fue a un restaurante que tenía un centro recreacional para niños, ubicado fuera de Lima. El local no contaba con estacionamiento propio; pero durante una época la administración del proveedor alquiló un espacio frente a su sede, en el cual había notoria publicidad del proveedor, a efectos que sus clientes estacionen. A su regreso, el consumidor, se dio con la ingrata sorpresa que le habían roto la luna de su automóvil y robado su radio. La administración le informó que no tenía responsabilidad, por cuanto, desde hacía un tiempo, ya no alquilaba dicho espacio para sus clientes. Ante la denuncia que hizo el consumidor ante la Comisión de Protección al Consumidor, ésta, mediante Resolución Final No. 240-2002-CPC, del 10.04.02, la declaró fundada por infracción a los artículos 5 inciso b) y 15 de la Ley de Protección al Consumidor (vigentes en ese entonces). Ello, toda vez que en el presente caso el proveedor no brindó información adecuada al consumidor sobre su responsabilidad por los vehículos que fueran estacionados en la playa de estacionamiento materia de denuncia. En consecuencia, se le sancionó con una multa de 0,4 Unidades Impositivas Tributarias. La fundamentación jurídica se basó en el **principio de apariencia**. Se afirmó que:

“En ese sentido, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, así como la utilización del logotipo y el nombre de la Granja Villa en el cerco del terreno utilizado como playa de estacionamiento, un consumidor podría prever razonablemente que dicho terreno es utilizado por la Granja Villa como zona de parqueo para sus clientes, y que por lo tanto, considerando que dicha empresa cuenta con personal de seguridad ubicado frente a la playa, su vehículo no corría riesgo al ser estacionado en dicho lugar”.

Se ha advertido que la problemática de los **actos propios** no se agota en la validez o no del acto que se pretende desconocer, sino en la responsabilidad civil que de ese actuar se deriva. En un arbitraje se presentó el siguiente caso: en un contrato de suministro de electricidad el generador y el distribuidor establecen en una cláusula un determinado proceso de facturación basado en la potencia en horas de punta. En un período de nueve meses, el distribuidor paga puntualmente al generador y el décimo mes deja de hacerlo, alegando que la cláusula es ambigua y confusa, decidiendo de manera unilateral aplicar supletoriamente una Resolución de la Comisión de Tarifas de Energía, que establece un procedimiento de facturación para el Mercado Regulado (el contrato en cuestión se ha dado en el ámbito del Mercado Libre). La objeción surge inmediatamente: si se cuestiona el proceso de facturación por confuso ¿cómo es que se pagó sin discusión alguna los nueve meses anteriores? Como se ha advertido, resulta imperativo aplicar el principio de los actos propios “respecto de las conductas judiciales y extrajudiciales”<sup>20</sup>, por ello, el tribunal arbitral que conoció este caso decidió que:

“al quedar acreditado que las partes voluntariamente habían establecido un procedimiento especial para calcular la Demanda Máxima de Potencia, distinto al de la Resolución No. 015-95-P/CTE, modificada por la Resolución No. 022-95-P/CTE, y además que sí era perfectamente determinable dicho cálculo sin recurrir supletoriamente a dichas resoluciones, ahora HIDRANDINA no debe contradecir sus propios actos”.

Este mismo criterio ha sido seguido en la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG) No. 008-2004-OS/CC-20, del 25.10.04.

#### 4. *La responsabilidad contractual y extracontractual: ¿unidad o dualidad?*

---

<sup>20</sup> Marcelo LOPEZ MESA, *La Doctrina de los Actos Propios en la Jurisprudencia. La utilidad de las normas abiertas, el caso del legalismo estricto y la nueva dimensión del juez*, Depalma, Buenos Aires, 1997, 192.

El Código Civil peruano adopta un sistema binario: tenemos regulada la responsabilidad contractual en el Libro VI, Las Obligaciones, Sección Segunda, Efectos de las Obligaciones. Título IX, Inejecución de las Obligaciones, y la responsabilidad extra-contractual, en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Sexta<sup>21</sup>. Hace algunos años expresé, siguiendo a la corriente dominante de la doctrina jurídica contemporánea, que: “la discusión sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y extra-contractual se torna en bizantina, por cuanto, en ambas se produce un daño y el derecho debe intervenir para repararlo. No importa el origen del daño, sino como solucionar sus consecuencias. No importa en agente dañoso sino el dañado”<sup>22</sup>. Actualmente, con satisfacción, puedo comprobar que ésta es la orientación de la doctrina nacional más autorizada<sup>23</sup>. Con razón, ahora se afirma que “nunca hemos encontrado

---

<sup>21</sup> En el Código Civil de 1852 dentro del Libro tercero, de las Obligaciones y Contratos, Sección primera, Título Cuarto, De los efectos de los contratos, estaba regulada la responsabilidad contractual y en la Sección Séptima, de las obligaciones que nacen del consentimiento presunto, Título tercero, De las obligaciones que nacen de los delitos o de cuasi delitos, se trató la responsabilidad extra-contractual.

En el Código civil de 1936, en el Libro Quinto, del Derecho de las Obligaciones, Sección Primera, De los actos jurídicos, Título IX, de los actos ilícitos, se reguló a la responsabilidad extra-contractual y en la Sección Tercera, De los Efectos de las obligaciones, Título IX, De la inejecución de las obligaciones, se prescribió sobre responsabilidad contractual.

<sup>22</sup> Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual*, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 48, Lima, Años 1990-1991, 166. También en *Revista del Foro*, Año LXXIX, No. 2, Lima, julio-diciembre, 1991, 234.

<sup>23</sup> Max ARIAS SCHREIBER PEZET, *Luces y sombras del Código Civil*, Tomo II, Studium, Lima, 1991, 173, quien afirma que “ambas responsabilidades tienen la misma naturaleza” (*cit.*). En este mismo sentido, Carlos FERNÁNDEZ SENSAREGO, quien advierte “un movimiento creciente que tiende a unificar las diversas acepciones de responsabilidad civil por daños, superando en este sentido la tradicional distinción entre daño contractual y daño extracontractual, por cuanto no es relevante para el resarcimiento” (*Un Nuovo modo di fare Diritto*, traducción a cura de Luciana CABELLA PISU y Juan ESPINOZA ESPINOZA, en *Il Diritto dei Nuovi Mondi*, CEDAM, Padova, 1994, 270) y Fernando VIDAL RAMÍREZ, “nosotros tomamos partido por la unidad de la responsabilidad civil y creemos que debe ser estudiada en un plano único y que las reformas en la codificación civil se orienten en ese sentido. Las diferencias existentes en los dos aspectos con los que es tratada por la actual codificación civil no son, a nuestro juicio, fundamentales. La responsabilidad civil, contractual o extracontractual, se funda en acciones y en omisiones, porque tanto la una como la otra resultan de la violación de obligaciones de hacer o de dar, o de obligaciones de no hacer. No debe perderse de vista que ambas especies de responsabilidad son el resultado de la violación del deber jurídico del *neminem laedere*” (*La Responsabilidad Civil*, en *Derecho*, No. 54, PUCP, Lima, diciembre 2001, 399). Este último autor, precursoramente, afirmó que “no obstante, se debe reconocer que cualesquiera que sean las diferencias existentes entre las normas que rigen la responsabilidad contractual (*sic*), la responsabilidad civil debe y puede conservar su unidad, pese a que su estudio, así planteado, nos lleve a la consideración de que la responsabilidad contractual es un efecto de las obligaciones contractuales, mientras que la responsabilidad extracontractual constituye una fuente de obligaciones sin vínculo previo entre la persona que debe reparar el daño y la que a cuyo favor debe otorgarse la reparación”

justificativo que explique el por qué, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos”<sup>24</sup>.

No puedo dejar de citar el siguiente pasaje de la ejemplar resolución casatoria No. 849-

---

(*Consideraciones Preliminares al Estudio de la Responsabilidad Civil Extracontractual*, en *Thémis*, No. 6, Año 4, PUCP, Lima, Primer Semestre de 1968, 36).

<sup>24</sup> Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad*, en *Scribas*, Año I, No. 2, INDEJ, Arequipa, 1996, 74. En este mismo sentido, Eduardo SEMINARIO STULPA, quien afirma que “el tratamiento unitario de la materia no sólo se justifica por razones de orden práctico sino fundamentalmente de orden conceptual” (en *Responsabilidad civil: breves comentarios acerca de la propuesta de enmienda*, en *Diez Años. Código Civil Peruano*, Tomo II, Universidad de Lima, WG Editores, 1995, 333; Yuri VEGA MERE, quien sostiene que “quizá la más importante de las razones que abogan por un pronto cambio se encuentra en el injustificado mantenimiento de las diferencias que favorecen un tratamiento de compartimientos estancos, pese a que, en cualquier caso, la puesta en escena de la responsabilidad civil –cualquiera sea su origen– proviene de la necesidad de reparar un daño injustamente sufrido” (*La reforma de la responsabilidad civil en el Derecho Peruano. El Proyecto de Código Civil Argentino como fuente ineludible de consulta*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año 1, No. 6, La Ley, Buenos Aires, 1999, 2-3); Roxana SOTOMARINO CACERES, afirma “la necesidad y la posibilidad de tratar los temas del fenómeno resarcitorio bajo un criterio de unificación de la responsabilidad civil, lo que, además, aportaría simplicidad y uniformidad al análisis” (*Responsabilidad civil por productos defectuosos*, ARA Editores, Lima, 2007, 60); sostiene que el principio *iura novit curia* posibilita la compatibilización judicial de ambos regímenes de responsabilidad “a fin de evitar sentencias inhibitorias y nuevas demandas, y a efecto de resolver definitivamente el conflicto de intereses”, Francisco CARREÓN ROMERO con la colaboración de Luis Giancarlo TORREBLANCA GONZÁLES, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual: hacia la unificación del sistema*, en *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, 458.

En sentido contrario, Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, cuando separa ambos regímenes “si se quiere seguir de cerca y entender el verdadero proceso psicológico y lógico de juzgamiento. La identificación global de los dos tipos de responsabilidad oscurece estas diferencias en el entorno conceptual y en el *état d’esprit* del juez y no permite aprehender la naturaleza profunda e íntima de cada una de estas situaciones” (*La responsabilidad extracontractual*, Vol. IV, Tomo II, PUCP, Lima, 1988, 451-452). También Leysser LEÓN HILARIO, *Weak legal culture & legal transplants unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa*; Rómulo MORALES HERVIAS, *La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)*, ambos en *Responsabilidad Civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, dirigido por Juan ESPINOZA ESPINOZA, Palestra, Lima, 2005; Freddy ESCOBAR ROZAS y Luis Miguel VELARDE, *Alegato en contra de la unificación de los regímenes de responsabilidad civil*, *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, No. 1, Bogotá, 2011. Sobre esta posición, se advierte que: “lo importante de destacar como consecuencia del reconocimiento de una unidad ontológica conceptual y funcional de la responsabilidad civil toda –contra lo que muchos piensan– no es necesariamente el de justificar la existencia de un único sistema de responsabilidad civil (esta es una consecuencia extrema y –admitámoslo– debatible), desde que pueden existir criterios que, desde un punto de vista práctico, determinen la utilidad de mantener ciertas diferencias.

Pero el reconocimiento de una unidad ontológica conceptual permitirá siempre, cuando menos, justificar (...) la aplicación extensiva o analógica de las disposiciones de un régimen a otro, en lo que no se oponga a la naturaleza especial de cada sistema; y esto, no es ni una falacia, ni una quimera” (Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil Peruano)*, en *Thémis, Segunda Época*, No. 50, Lima, agosto 2005, 254-255).

96, del 10.07.97, en el cual se advierte que, no obstante el Código civil vigente adopta un sistema binario de responsabilidad:

“sin embargo, esta tradicional dicotomía se está orientando a la unificación sistemática de ambas responsabilidades a partir del dato de concebir el daño como centro de gravedad del problema; es decir que los presupuestos del daño contractual y extracontractual son comunes, esto es la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución, los que pueden variar de acuerdo a cada caso en particular” (el subrayado es mío).

De esta pequeña reseña se puede advertir que tanto la doctrina como la jurisprudencia peruanas están encaminadas hacia una interpretación sistemática de ambos regímenes.

En el caso de **zonas grises**, vale decir, cuando dentro de una relación jurídica obligatoria, se produce un daño que exhorbita los derechos y deberes inherentes a dicha relación y por ende, también se configura un supuesto de responsabilidad extra-contractual, se entiende el deudor afectado tiene el **derecho de optar** por la normatividad establecida en inejecución de las obligaciones o por aquella diseñada en materia de responsabilidad extra-contractual. La jurisprudencia nacional, en materia de responsabilidad civil por mala *praxis* médica está admitiendo el derecho de opción: en ello encontramos un aspecto positivo, por cuanto ello es una muestra que el operador jurídico está ampliando sus horizontes interpretativos. Sin embargo, no se está reconociendo el derecho de opción en un supuesto adecuado: la responsabilidad médica (salvo, en mi opinión, en el caso de la mala *praxis* derivada de la atención en emergencia) es un típico supuesto de responsabilidad contractual. Lamentablemente, los jueces peruanos ven zonas grises en supuestos donde no se configuran<sup>25</sup>.

Independientemente de estos supuestos, creo que el operador jurídico debe individualizar los siguientes escenarios:

---

<sup>25</sup> Sólo por citar dos casos: Resolución del 17.02.00, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Lima (CAS. 344-2000 LIMA), por un caso de mal servicio por cambio de aceite y Resolución número cuarenta, del 01.10.03, de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de Piura, porque un banco hizo figurar como deudor a un cliente que ya había pagado su deuda.

a. **¿Cómo debería estar regulada la responsabilidad civil?** Siendo consecuente con mi pensamiento, creo que debería irse hacia la unificación: ello no significa generar un único régimen de responsabilidad civil, sino contar con una parte general común a la contractual y a la extra-contractual y, además, con una parte específica que regule aspectos particulares (como mora o cláusula penal en el caso de la denominada responsabilidad civil contractual).

b. **¿Cómo está regulada la responsabilidad civil en nuestro sistema?** Basta leer el Código Civil para darnos cuenta que estamos incurso en un sistema binario.

c. **¿Cómo puedo interpretar la responsabilidad civil?** Al ser el principio de la reparación integral de los daños sufridos por la víctima, el elemento unificante de ambas responsabilidades, es posible interpretar sistemáticamente (en la medida que ello sea posible) ambas responsabilidades. Un ejemplo lo tenemos en el art. 1332 c.c., el cual establece (en materia contractual) la aplicación del criterio equitativo cuando no se puede determinar la entidad del daño ¿acaso no lo podemos aplicar en materia de responsabilidad civil extracontractual?

Independientemente del problema de las “zonas grises”, los modelos jurídicos tienden hacia la unificación: piénsese en el caso de la **responsabilidad civil por productos defectuosos**. Si observamos con atención, el art. 101 de la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, del 01.09.10, supera la distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual al establecer que la responsabilidad civil de los proveedores es solidaria (tégase en cuenta que el proveedor puede ser tanto el que vende el producto como el que lo fabrica).

No obstante autorizada doctrina francesa es crítica y se refiere a la imposibilidad de una simbiosis entre ambos regímenes y advierte la “fagocitosis” de la responsabilidad contractual

por la responsabilidad extracontractual<sup>26</sup>, comparto la opinión de quien afirma que “se constata que, poco a poco, gracias a la aparición de regímenes especiales que trascienden la distinción entre régimen contractual y régimen delictual, esta última tiende a perder su posición de “summa divisio” de la responsabilidad civil”<sup>27</sup>. Se agrega que “En otras palabras, parece que, para el avenir, la distinción entre responsabilidad contractual y delictual sea destinada a perder su importancia en ventaja de otra distinción, que tiende actualmente a afirmarse siempre más entre “derecho general” o “derecho común” y los regímenes especiales de responsabilidad civil”<sup>28</sup>.

El art. III.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, establece que:

“El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta”.

Este artículo es innovativo respecto de la Ley de Protección al Consumidor: se reconoce y protege la categoría del **consumidor equiparado**, vale decir, el que está expuesto a una relación de consumo, independientemente que esta se concrete, o no. Con ello, a nivel de tutela jurídica de los derechos de los consumidores no se debe perfeccionar, necesariamente, una relación de consumo.

##### 5. *El daño*

En los Fundamentos del **Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la República Argentina del año 2012**, la Comisión ha expresado que “en el derecho civil latinoamericano ha sido muy citado el Código Civil Peruano que contiene dos textos”<sup>29</sup>. Estos son los arts. 1984 y 1985. El primero de ellos regula que:

---

<sup>26</sup> Philippe BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, segunda edición, Lexis Nexis-Litec, Paris, 2009, 56.

<sup>27</sup> Geneviève VINEY, *Introduction à la Responsabilité*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 3a. Edición, Paris, 2008, 669.

<sup>28</sup> Geneviève VINEY, *op. cit.*, 670.

<sup>29</sup> *Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la República Argentina*, Fundamentos, 2012, 232.

“El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

El art. 1985 c.c. establece que:

“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”.

El art. 1738 del **Código Civil y Comercial de la República Argentina del año 2012**, que entrará en vigencia en el 2016, establece que:

“La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances.

Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

Calificada doctrina francesa **distingue el daño del perjuicio**. Así, “el daño es la lesión a la integridad de una persona o a una cosa, mientras que el perjuicio se encuentra dentro de las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales de dicha lesión”<sup>30</sup>. Esta posición coincide en su contenido con aquella, proveniente de la experiencia jurídica italiana, de **daño-evento** (lesión del interés tutelado) y **daño-consecuencia** (daño emergente, lucro cesante, daño a la

---

<sup>30</sup> Philippe BRUN, *op. cit.*, 114.

persona y daño moral)<sup>31</sup>. Estas dos acepciones de daño pueden, como no, coincidir. Sin embargo, confundir estos conceptos diversos de daño equivale a mezclar problemas jurídicos diversos: el problema de la injusticia de la lesión, aquel de la individualización del responsable o el de la selección de los perjuicios resarcibles<sup>32</sup>.

Si bien es cierto que el concepto de daño “es un concepto destinado a variar en el tiempo”<sup>33</sup>, la clasificación del daño que ha asumido la doctrina nacional a partir del Código Civil es la siguiente:

**1. Daño patrimonial:** Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada. Este, a su vez, se clasifica en:

**1.1. Daño emergente:** Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, “la disminución de la esfera patrimonial”<sup>34</sup> del dañado.

**1.2. Lucro cesante:** Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es “la ganancia patrimonial neta dejada de percibir”<sup>35</sup> por el dañado.

**2. Daño extrapatrimonial o subjetivo:** Tradicionalmente, esta voz de daño era entendida como aquella en la que se “lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor

---

<sup>31</sup> Raffaella DE MATTEIS, “*Danno biologico*” e *patrimonialità della lesione: due sentenze a confronto*, Separata de *Giurisprudenza italiana*, Disp. 10<sup>a</sup>, Parte I, Sez. 1<sup>a</sup>, UTET, Torino, 1985. Así, la autora sostiene que “el daño-evento alude a la lesión del interés, mientras la otra acepción identificada con las consecuencias dañosas, es decir, con el daño emergente y el lucro cesante, es aquella respecto a la cual está encaminado el discurso clasificatorio de los efectos patrimoniales” (*cit.*, 38).

<sup>32</sup> Giovanna VISINTINI, *Il danno ingiusto*, en *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, CEDAM, Padova, 1991, 707.

<sup>33</sup> Francesco BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, Giappichelli, Torino, 2001, 21.

<sup>34</sup> Massimo BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La Responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, 116.

<sup>35</sup> Massimo BIANCA, *op. cit.*, 120.

espiritual, psicológico, inmaterial<sup>36</sup> entendiéndose como sinónimo de daño moral. Dentro de la actual sistemática del Código Civil peruano, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo (concebido como daño no patrimonial a los sujetos de derecho) comprende el **daño a la persona**, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y al **daño moral**, definido como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.”, padecidos por la víctima, que tienen el carácter de “efímeros y no duraderos”<sup>37</sup>. Dentro de la categoría de daño moral, se distingue el **daño moral subjetivo**, que lo sufre de manera directa el propio sujeto, del **daño moral afectivo**, entendido como la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes<sup>38</sup>. En el primer supuesto, piénsese en la pérdida del cónyuge, o del conviviente, de un hijo o un padre; en el segundo, la de una mascota particularmente vinculada con una persona anciana y sola. Mayor problema se encuentra en el daño moral por pérdida o deterioro de bienes, por cuanto el resarcimiento, vía daño emergente o lucro cesante, podría compensar dicha pérdida o deterioro. Sin embargo, no se escapa la posibilidad de configurarse el daño moral, por ejemplo, si una persona deja la única fotografía de su madre ya fallecida en un estudio fotográfico para una ampliación y se pierde. Evidentemente el daño moral en este caso, sobrepasa el valor económico del bien perdido. La lógica y la justicia aconsejan que no se puede ser tan expansivo en admitir el resarcimiento en este tipo de daños, por cuanto llegaríamos a situaciones inverosímiles, como el caso aislado y sumamente criticado de un joven que compró con su primer sueldo una moto y al ver que la robaban, solicitó una indemnización por daño moral, no obstante la recuperó<sup>39</sup>.

La doctrina nacional no se manifiesta uniforme respecto del significado de los términos “daño a la persona” y “daño moral”. Unos opinan que se tratan de categorías sinónimas, otros

---

<sup>36</sup> Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, Librería Studium Editores, Lima, 1986, 67.

<sup>37</sup> Así, la Corte Constitucional Italiana, con resolución del 14.07.86, no. 184, en *Giurisprudenza di Diritto Privato*, anotada por Guido ALPA, vol. I, Giappichelli, Torino, 1991, 5.

<sup>38</sup> Como hace ver, del análisis de la jurisprudencia italiana, Tommaso ARRIGO, *Il furto della moto nuova*, en *Dalla disgrazia al danno*, a cura de Alexandra BRAUN, Giuffrè, Milano, 2002, 576.

<sup>39</sup> Como hace ver Tommaso ARRIGO, *op. cit.*

las distinguen. Así, se expresa que el “daño moral es el daño no patrimonial, es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica”<sup>40</sup>. Otro sector de la doctrina los distingue, afirmando que: “en esta materia observamos que la doctrina y la jurisprudencia general y tradicionalmente han considerado al daño moral como un dolor, un sentimiento de pena, un sufrimiento, un turbamiento”<sup>41</sup>. En conclusión, si bien daño a la persona y daño moral son idénticos en cuanto su contenido extra-patrimonial, ambos difieren, puesto que la relación entre el primero y el segundo es de género a especie.

A propósito de la denominación “daño a la persona”, se opina que “resulta más propio referirse al “daño subjetivo”, esto es, al daño ocasionado al sujeto de derecho, en sustitución a las expresiones “daño a la persona” o “daño personal”, que resultan estrechas para incluir todas las situaciones que pueden configurarse. Al daño subjetivo se le opondría el daño no subjetivo. De este modo se colocaría al sujeto de derecho como punto medular de referencia para formular la distinción entre uno y otro daño, alejándonos de la clasificación que distingue al daño en patrimonial y no patrimonial y que tiene como eje al patrimonio”<sup>42</sup>.

En verdad, la introducción de la voz “daño a la persona” ha sido motivo de una larga discusión y cuestionamiento por cierto sector de la doctrina. Así, en la propia exposición de motivos del código civil se afirma que “no se explica porqué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de “el daño a la persona””<sup>43</sup>. Se opina que es “innecesario”<sup>44</sup> y que su

---

<sup>40</sup> Felipe OSTERLING PARODI con la colaboración de Carlos CARDENAS QUIROS, *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)*, en COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN EL CODIGO CIVIL, *Código Civil*, V, Exposición de Motivos y Comentarios, compilado por Delia REVOREDO DE DEBAKEY, s/e, Lima, 1985, 449. En este mismo sentido, quien suscribe “la tendencia a considerar el daño moral como categoría opuesta al daño material (y en modo alguno relacionado con la moralidad), esto es, entendiéndolo en su más amplia dimensión conceptual, lo cual incluye el tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su vida de relación y proyecto de vida” (Roxana JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, *Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática*, en *Thémis, Segunda Época*, No. 50, Lima, agosto 2005, 277).

<sup>41</sup> Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, 213.

<sup>42</sup> Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, *Apuntes sobre el denominado Daño a la Persona*, en *Código Civil del Perú de 1984*, en *Aequitas*, Revista de Derecho y Ciencia Política, Año 1, N° 1, Lima, 1989, 78.

<sup>43</sup> José LEON BARANDIARAN, *Exposición de Motivos y Comentarios. Responsabilidad Extracontractual*, en *Código Civil*, VI, *Exposición de Motivos y Comentarios*, COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CODIGO CIVIL, compilada por Delia REVOREDO DE DEBAKEY, Okura Editores, Lima, 1985, 807.

inserción ha sido “coyuntural”<sup>45</sup> a la ideología humanista del código civil. Quisiera poner de relieve, como “punto de contacto” entre esta posición y la que afirma la diferencia conceptual entre daño moral y daño a la persona, que todos los códigos civiles que siguen el modelo jurídico francés optan por la voz “daño moral” y la entienden como sinónimo de daño no patrimonial: entonces, (casi) todos estamos de acuerdo que hay un tipo de daño fuera de la esfera patrimonial que debe ser resarcido. La discusión se centra no en el objeto de protección, sino en el *nomen iuris* a adoptarse.

**Es cierto que los miembros de la Comisión Revisora del código civil de 1984 (en verdad, más por distracción, que por convicción) se “compraron el pleito” de la experiencia jurisprudencial italiana** (que se inició en la década de los setenta) de tener que crear una voz distinta al daño moral, para librarse de la *camisa de fuerza* interpretativa del art. 2059 del código civil italiano. Así, como autorizadamente se sostiene, el daño biológico se convirtió en una suerte de “cláusula refugio” del daño a la persona<sup>46</sup>. En efecto, “si la responsabilidad civil se ha convertido en la institución de primera y quizá de insoportable afirmación de nuevos derechos en las relaciones entre sujetos privados, el daño a la salud representa la punta extremadamente avanzada de la tutela de la persona. La lesión o la ofensa de esta última, como sea que se verifique y en cualquier forma, genera inmediatamente la perspectiva del remedio resarcitorio, en función del cual se trata sólo de individualizar el derecho constitucionalmente garantizado o de crearlo *ad hoc* para después encontrar la norma de protección en la Carta fundamental. Así la expresión “daño biológico” o “daño a la salud” parece desenvolver el rol de cláusula general jurisprudencial, el recurso que se convierte en el pasaje necesario hacia la relevancia jurídica resarcitoria”<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., 107, quien sostiene que “el daño a la persona no es sino una sub-especie del daño moral” (cit.). En este sentido, Leysser LEÓN HILARIO, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2004, 290.

<sup>45</sup> Javier PAZOS HAYASHIDA, *Indemnización del daño moral*, Comentario al art. 1322 c.c., en *Código Civil Comentado*, Tomo VI, Derecho de Obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, 926.

<sup>46</sup> Carlo CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, 1998, 151.

<sup>47</sup> Carlo CASTRONOVO, *op. cit.*, 151-152.

En la actualidad, la Corte Constitucional italiana, ya superó este *impasse*; pero mantiene la distinción del daño a la persona (llamado también daño biológico o daño a la salud) y el daño moral. La nota particular es que, en materia de inexecución de las obligaciones, se cuenta con el art. 1322 c.c., el cual reconoce que:

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

Como puede observarse, **en este numeral sólo se reconoce expresamente el daño moral y no el daño a la persona**. Esta aparente contradicción se resuelve con una interpretación *a simili* y sistemática de los arts. 1322 y 1985 c.c. Adicionalmente a ello, sostener que sólo cabe el daño a la persona en la responsabilidad extracontractual y no en la contractual, afecta manifiestamente el principio de la igualdad entre los dañados, principio que está consagrado (si bien como derecho) en el art. 2.2 de la Constitución Política del Perú de 1993.

**¿Podemos prescindir de la voz de “daño a la persona” y subsumirla en la de “daño moral”?** La respuesta, necesariamente, es la afirmativa; pero creo que también podemos mantener la diferencia conceptual, al menos, por dos motivos:

a. La voz “daño a la persona” no sólo está regulada en el art. 1985 c.c.: también la encontramos (en su momento) en el art. 32 de la Ley de Protección al Consumidor, en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos (al lado del daño moral) (D. Leg. No. 716, del 07.11.91, ordenado por el T.U.O., aprobado por D.S. No. 039-2000-ITINCI, del 11.12.00) y ahora en el art. 103 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley No. 29571, del 01.09.10 (relativo a los daños indemnizables) ; en el art. 345-A c.c., (incorporado por la Ley No. 27495, del 07.07.01) que se refiere, en su segundo párrafo, al “daño personal”; así como en el D. Leg. No. 1029, del 23.06.08, que modificó el art. 238 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en el cual también reconoce (al lado del daño moral) la voz daño a la

persona a efectos de indemnizar por los daños provenientes de la administración pública o de los servicios que presta ésta.

b. No me parece exacto decir que la jurisprudencia desconoce la voz “daño a la persona”. En una investigación he constatado que, lamentablemente, los abogados piden y los jueces fallan indemnizaciones por todo concepto, por lo cual, también se podría decir lo mismo respecto de la voz “daño moral”. Lo que he podido comprobar es que en la poca jurisprudencia que individualiza los daños no patrimoniales, existen las mismas posiciones que hay en la doctrina nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la República, emitió, con fecha 18.03.11 (CAS. No. 4664-2010 Puno), el Tercer Pleno Casatorio Civil, dictando (en atención al art. 400 c.p.c.) en calidad de doctrina jurisprudencial, que “El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona”. Se precisa lo siguiente:

“Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor”.

Ahora bien: El hecho que el daño moral esté comprendido dentro del daño a la persona, no implica que no deban ser individualizados. Quien los invoca, tiene la carga de acreditar en qué consistieron los hechos que generaron el daño a la persona (como por ejemplo, la lesión a la reputación) y los que generaron el daño moral (dolor, sufrimiento, pena, aflicción), así como las consecuencias dañosas que se derivaron. Por ello, al final de este considerando, se cita a una doctrina que afirma que el daño psíquico es “susceptible de diagnóstico por la ciencia médica”.

En materia de daño a la persona en las personas jurídicas, a raíz de un caso en el cual **una asociación (Club Departamental Ayacucho) demanda por “daño moral” a un asociado que se hizo pasar por presidente de la misma “sembrando el caos institucional”**, el Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con resolución No. 17, del 27.09.95, declaró infundada la demanda. Sin embargo, la Cuarta Sala Civil, con resolución del 06.02.96, revocando la sentencia apelada, declaró fundada la demanda, en atención a que:

“el denominado “daño moral” doctrinariamente constituye el agravio no patrimonial, de sufrimiento o molestia, a la persona humana, y lleva al autor a la obligación de repararlo, sea su fuente u origen contractual o extra-contractual; (...) Que la doctrina asimismo admite, y la realidad lo confirma, la posibilidad de un daño no patrimonial a la persona jurídica, causado por inconductas que entrañan agresiones a determinados derechos, tales como el honor, la buena reputación, la libertad, el crédito social y comercial, entre otros, que pueden engendrar o no perjuicios económicos, englobando el daño no patrimonial tanto a la persona humana cuanto a la persona jurídica dentro de un universo genérico que ha venido en denominar “daño subjetivo”; (...) Que el artículo mil novecientos ochenticinco del Código Civil, aunque con una terminología poco feliz, permite columbrar la voluntad legislativa de amparar a la persona colectiva o jurídica frente a las agresiones que lesionan cualquiera de los derechos que la ley le reconoce” (el subrayado es mío).

Resulta importante rescatar el criterio del órgano colegiado que, si bien reconoce el resarcimiento por el daño subjetivo a la persona jurídica (ya que considera una “terminología poco feliz” la del daño a la persona), no lo admite por daño moral, en atención a la especial naturaleza de la persona jurídica. Respecto del caso concreto, la Sala precisó que:

“aparece concluyente de la documental que cita el *a-quo* en la resolución recurrida, que el demandado Farfán Espinoza, asociado del accionante Club Departamental Ayacucho, lejos de impugnar judicialmente los actos que al interior de dicha institución consideró anormales, para

lo que el numeral noventidós del cuerpo legal antes citado prevé la forma y la oportunidad pertinentes, procedió a una suerte de golpe de estado, desconociendo la representatividad de los miembros que integran la Junta Directiva de dicho Club, y, asumiendo via procedimiento irregular la denominación de Presidente, sembró el caos institucional con hechos que trascendieron públicamente con visos de escándalo.”

En verdad, un aspecto que pasa desapercibido, tanto para la primera como para la segunda instancia es que se solicitó indemnización no sólo por el “daño moral” a la asociación, sino también a sus “genuinos personeros”. Sin embargo, ¿qué derecho no patrimonial se le ha lesionado a la asociación al presentarse una persona como su presidente, no siéndolo? Creo que el derecho lesionado es, en este supuesto, el de la identidad personal. En efecto, se trata de una afirmación inexacta respecto de quiénes son verdaderamente los representantes de la asociación. La proyección social la tienen tanto las personas naturales como las jurídicas. En mi opinión, la resolución de la Sala no se debió limitar a precisar que no se trataba de un daño moral y que, en realidad se configuró un daño subjetivo: este daño subjetivo surgió por la lesión al derecho de la identidad de la persona jurídica. Por lo demás, creo que la voz de “daño a la persona” es la que se hubiera aplicado en este caso, por ser más precisa.

El modelo jurídico diseñado por el código civil en el cual se diferencia el “daño a la persona” del “daño moral” circula desde hace treinta años en nuestros operadores jurídicos y guste o no, ha calado también en ellos. En mi opinión, la realidad demuestra que, no obstante las coordenadas establecidas en el código civil, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten ambas posiciones: ello revela que no es un problema el nombre que se le dé al daño no patrimonial, sino que los operadores jurídicos internalicen el derecho a brindarle una tutela efectiva. Prueba de ello, es que en un sonado caso de mala *praxis* médica que se produjo en el año 2010, en el cual se le amputó la pierna equivocada a un paciente de 86 años, en un proceso arbitral, con fecha 19.06.12, se fijó la cantidad de S/. 1'100,000.00 por concepto de daños extrapatrimoniales (S/. 100,000.00 por daño moral subjetivo y S/. 1'000,000.00 por daño a la persona).

## 6. *La causalidad*

Si se hace una interpretación literal de los textos, se puede afirmar que en materia de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana se acoge la teoría de la causa adecuada (art. 1985 c.c.) y en inexecución de las obligaciones se asume la teoría de la causa próxima (art. 1321 c.c., segundo párrafo), el cual establece que:

“el resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución” (el subrayado es mío).

**Sin embargo, la doctrina nacional llega a una interpretación sistemática de ambos textos y es posible aplicar la causalidad adecuada, incluso en supuestos de responsabilidad contractual.** Así, se tiene en cuenta que, a propósito del art. 1223 del c.c.italiano (que, al igual que el art. 1321 del nuestro, se ha inspirado en el art. 1151 del *Code* y, de alguna manera, en el art. 100 del proyecto franco-italiano del código de obligaciones y contratos de 1927), se sostiene que esta fórmula se refiere a la “determinación del daño” y no a la inmediatez de la causa<sup>48</sup>. En efecto, “una cosa es emplear la causalidad con el fin de imputar un hecho a un sujeto, en el concurso de otros factores, como la culpa, el dolo, la preposición (de un tercero), el ejercicio de una actividad riesgosa, la custodia, el ser propietario (aquí se debe responder a la pregunta: *¿quién ha sido?*) y otra cosa es emplear la causalidad para estimar el daño patrimonial, es decir, para determinar la relevancia jurídica de las consecuencias económicamente desfavorables dependientes del hecho ilícito (aquí se debe responder a la pregunta: *¿cuánto debe pagar el responsable?*)”<sup>49</sup>.

En atención a ello, a propósito de la redacción del art. 1223 del c.c. italiano, autorizada doctrina sostiene que “es claro que se trata de fórmulas metafóricas, las cuales no pueden ser

---

<sup>48</sup> Renato SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*

<sup>49</sup> Massimo FRANZONI, *Fatti Illeciti*, Zanichelli- Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1993, 86.

tomadas al pie de la letra”<sup>50</sup>. Un sector de la doctrina italiana sostiene que a lo que se quiere hacer referencia en el art. 1223 c.c.ita. es “a las hipótesis en las cuales el hecho hipotético dado por la ley, como fuente de responsabilidad, aunque no produzca en línea directa el daño, cree una situación tal, que a falta del mismo, no se habría producido”. En consecuencia, “en estos casos, parece justo, teniendo en cuenta la finalidad de la ley, vincular a dicho acto, más allá de toda consideración sobre su proximidad, el evento dañino”<sup>51</sup>. Ello se ve respaldado por una doctrina que afirma que “la función del art. 1223 del Cód. Civil es solamente descriptiva y está contenida en la norma simplemente para indicar la directiva del legislador, según la cual la reintegración del patrimonio del acreedor debe ser integral y atenerse a todos los perjuicios económicos sufridos por el damnificado”<sup>52</sup>. En jurisprudencia, a propósito de la aplicación del art. 1223 c.c.ita., no obstante su redacción, se prefiere hablar de “regularidad causal” (o causalidad adecuada), en el sentido que son considerados resarcibles los daños que entran dentro de las consecuencias normales y ordinarias del hecho dañoso<sup>53</sup>.

De ello se desprende que el objeto del nexo causal tiene doble relevancia<sup>54</sup>:

a) Para el aspecto del evento lesivo (**causalidad de hecho o fáctica**), se procede a la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de la responsabilidad.

---

<sup>50</sup> Pietro TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, 20. En este sentido, Adriano DE CUPIS, *op. cit.*, 260.

<sup>51</sup> Renato SCOGNAMIGLIO, Renato SCOGNAMIGLIO, voz *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, *Novissimo Digesto Italiano*, XV, UTET, Torino, 1968, 651.

<sup>52</sup> Giovanna VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1996, ahora en español, en *Tratado de la responsabilidad civil*, traducido por Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, con la colaboración de María Luisa ATIENZA NAVARRO, Paz BOSSIO, Juan ESPINOZA ESPINOZA, Fabricio LONGHIN y Olenka WOOLCOTT OYAGÜE, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1999, 208. En este mismo sentido, se afirma que “la interpretación histórica y la ubicación sistemática del art. 1223 c.c. demuestran, en definitiva, que el criterio de las consecuencias inmediatas y directas, está dirigido a disciplinar el problema del *quantum respondeatur*, para establecer un límite a la resarcibilidad de los perjuicios, comprendidos en una única serie causal dañina vinculada al acto ilícito o al incumplimiento, por consiguiente, es extraño a la disciplina del concurso de causas y a la imputación del evento dañino a su autor” (Alessandra PINORI, *Il criterio legislativo delle conseguenze immediate e dirette*, en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura de Giovanna VISINTINI, Giuffrè, Milano, 1999, 78).

<sup>53</sup> Casación No. 4186, del 23.04.98, en *Responsabilità civile e previdenza*, con Nota de Enza PELLECCIA, Giuffrè, Milano, 1998, 1409.

<sup>54</sup> Cesare SALVI, *La Responsabilità Civile*, Giuffrè, Milano, 1998, 171.

b) Para el aspecto del daño resarcible (**causalidad jurídica**), se determinan las consecuencias dañosas que el responsable deberá resarcir<sup>55</sup>.

Como correlato de ello, la finalidad de la causa es doble: “imputar al responsable el hecho ilícito y establecer la entidad de las consecuencias perjudiciales del hecho que se traducen en el daño resarcible”<sup>56</sup>. Sin embargo, se afirma que este binomio sólo se trata de un uso lingüístico aceptable, porque tanto la causalidad natural como la jurídica, son “criterios de calificación normativa”<sup>57</sup>.

**¿Se puede proponer una interpretación sistemática de los arts. 1321 y 1985 c.c.?** En efecto: el art. 1321 c.c. se refiere al *quantum* indemnizatorio (causalidad jurídica), mientras que el art. 1985 c.c. a la causalidad como elemento constitutivo del supuesto de responsabilidad civil (causalidad de hecho). Como lógica consecuencia, no habría inconveniente para emplear la teoría de la causalidad adecuada (como elemento constitutivo de la responsabilidad civil), incluso, en la responsabilidad por inejecución de las obligaciones. En mi opinión, no es correcta la fórmula que obliga al operador jurídico a emplear una teoría determinada de causalidad, sino el modelo legislativo adoptado por el código civil debería limitarse a prescribir que el demandante tiene la carga de acreditar el nexo causal (en ambos tipos de responsabilidad) y como consecuencia de ello, éste utilizará la teoría más idónea al caso en particular. Curiosamente, las diferencias entre las mismas, no resultan ser tan antagónicas. Así, si bien se afirma que la interrupción del nexo causal reduce las distancias entre la teoría de la equivalencia y la de la causalidad adecuada<sup>58</sup>, lo mismo sucedería con la teoría de la causalidad adecuada y la de la causa próxima. Incluso, no se debe olvidar el **principio básico de reintegración del patrimonio en beneficio del dañado** y, de ello se deriva, que el enunciado

---

<sup>55</sup> Esta posición también es seguida por Nelwin CASTRO TRIGOSO, *La poca fortuna de la responsabilidad solidaria y la causalidad. A propósito de una sentencia*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 10/No. 79, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2005, 131.

<sup>56</sup> Massimo FRANZONI, *op. cit.*, 89.

<sup>57</sup> Cesare SALVI, *op. cit.*, 172.

<sup>58</sup> Cesare SALVI, *op. cit.*, 174.

del art. 1321 c.c. no debe ser entendido como taxativo (en cuanto al límite del resarcimiento), sino de tipo descriptivo. De otra manera, se mantendría una injustificada disparidad de tratamiento frente a lo prescrito en el art. 1985 c.c. En esta posición, se encuentra quien sostiene que “si bien el Art. 1321 segundo párrafo, parece adherirse a la teoría de la causa próxima por la referencia a “consecuencia inmediata”, ésta debe entenderse como la que ocurre de acuerdo al orden normal de los acontecimientos, lo que nos aleja de la literalidad del término “inmediato” y así de la concepción de “causa próxima”, facilitando este razonamiento una interpretación sistemática y teleológica de las normas del Código Civil, asumiéndose en general la “tesis de la causalidad adecuada”<sup>59</sup>.

El siguiente caso resulta ilustrativo para demostrar que los operadores jurídicos emplean la teoría de la causalidad adecuada en la responsabilidad contractual: el día 15.09.01 a las 13:00 horas aproximadamente, **un consumidor se acercó al local de un banco, ubicado en el Centro Comercial Jockey Plaza**, con la finalidad de abrir una cuenta de ahorros de fondos mutuos. Una vez que había recibido la información sobre la cuenta que pretendía abrir y luego de llenar los formularios correspondientes, se acercó a una de las ventanillas a efectuar un depósito de US\$ 1 000; poniendo el dinero a disposición de la cajera, la misma que al no saber si dicha operación se podía realizar, se retiró a efectuar las consultas del caso, y una vez que regresó le solicitó nuevamente la entrega del dinero, alegando que no se lo había entregado antes. El banco, en su descargo, ofreció como prueba un video en el que se puede apreciar, que personas inescrupulosas que no tienen vínculo alguno con su institución se apropiaron del dinero del denunciante. La Comisión de Protección del Consumidor, ante la denuncia del consumidor, con Resolución Final No. 883-2002-CPC, del 13.11.02, precisó que:

“En este sentido, correspondería analizar si todas las conductas señaladas anteriormente pudieron causar el hurto del dinero del señor Gutiérrez o, si por el contrario, alguna de ellas debe ser considerada como una *condición* y no como una *causa*. Así, es menester señalar que las conductas tanto del denunciante como de la cajera del Banco deben ser consideradas como

---

<sup>59</sup> Olenka WOOLCOTT OYAGUE, *La Responsabilidad Civil de los Profesionales*, ARA, Lima, 2002, 553.

condiciones y no como causas del efecto, en la medida que facilitaron el acto delictivo pero no lo causaron; mientras que la conducta del Banco sí debe ser considerada como la causa adecuada y directa, dado que al infringir el deber legal de adoptar determinadas medidas de seguridad, permitió que terceras personas tuvieran acceso a la zona de las ventanillas del Banco y que hurtaran el dinero del denunciante.

Por lo tanto, habiendo quedado acreditado que el Banco incumplió la obligación legal que tenía de adoptar determinadas medidas de seguridad, y en tanto ha quedado acreditado que dicho hecho posibilitó que terceras personas se apropiaran del dinero del denunciante, la Comisión considera que el Banco no brindó un servicio idóneo al señor Gutiérrez, correspondiendo declarar fundado este extremo de la denuncia por infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor.” (el subrayado es mío)

Hay quien ha criticado la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada en materia de incumplimiento de las obligaciones, calificándola de “arbitraria”<sup>60</sup>. Desde esa posición sólo cabría emplear un solo concepto de causalidad a la responsabilidad civil extracontractual y aquella derivada del incumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, no explica cómo se podía utilizar la causalidad próxima en este caso concreto. Observo que además, se confunde la causalidad jurídica con la de hecho cuando se pretende justificar la diferencia entre ambos regímenes basándose en el criterio de la previsibilidad. Para concluir: en materia contractual no se debe limitar el análisis sólo a la causa próxima e, incluso, no se debe circunscribirse a

---

<sup>60</sup> Así, “pensamos que la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones busca la realizabilidad de la función económico-individual del contrato mediante la distribución de los riesgos previsibles por las propias partes en caso de incumplimiento de obligaciones. Lo imprevisible será materia de responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana). En este sentido, la teoría de la relación de la causa próxima se adapta mejor a la programación de las partes mediante el contrato.

Por consiguiente, es arbitrario aplicar un solo concepto de relación de causalidad a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones y a la responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana)” (Rómulo MORALES HERVIAS, *La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)*, en *Responsabilidad Civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, edición bajo la dirección de Juan ESPINOZA ESPINOZA, Palestra, Lima, 2005, 344)

emplear sólo la causa adecuada en ambos regímenes, sino aquella teoría causal que sea idónea al caso concreto.

7. *El principio de reparación integral del daño*

En materia de **reparación del daño** derivada de responsabilidad civil contractual, el *Code civil* en sus arts. 1150<sup>61</sup> y 1151<sup>62</sup>, establece topes. Este modelo ha sido seguido por el Código Civil argentino vigente (arts. 519 a 522<sup>63</sup>) y el Código civil peruano en su art. 1321, el cual establece que:

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

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

---

<sup>61</sup> **Artículo 1150:** El deudor sólo estará obligado al pago de daños e intereses previstos o que hubieran podido ser previstos en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo por su parte.

<sup>62</sup> **Artículo 1151:** En caso de que el incumplimiento de lo acordado resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios sólo deberán comprender con relación a la pérdida que hubiera sufrido el acreedor y la ganancia de la que hubiera sido privado, las que se hubieran producido como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del acuerdo.

<sup>63</sup> Así: **Art. 519.** 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 inexecución de ésta a debido tiempo.

**Art. 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.

**Art. 521.** Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

En este caso, no será aplicable el tope porcentual previsto en el último párrafo del artículo 505. (*Párrafo incorporado por art. 2° de la Ley N° 24.432 B.O. 10/1/1995.*)

(*Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.*)

**Art. 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.

(*Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.*)

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 fue contraída.”

De una argumentación *a contrario*, por cierto, bastante literal, podría inferirse que:

a. En el caso de responsabilidad por culpa leve, sólo se responde por el daño previsible.

b. En el caso de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, sólo se responde por los daños que sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación.

#### **Urge una interpretación inspirada en el principio de reparación integral del daño.**

Para ser conscientes de lo antiguo que es este modelo, debemos remontarnos a Molinaeus, también conocido como Molineo, que en 1574, “introduce la idea de previsibilidad como criterio de exégesis dogmática de la constitución de Justiniano *De Sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, del 531 d.C. Con la finalidad de dictar un régimen de daño resarcible, la constitución distinguía entre *casus certi* e *incerti*: para los primeros se establecía un resarcimiento *in duplum*, par al doble del valor de la cosa y se postergaba los segundos a la liquidación del juez y –se precisaba- que éste debería operar “*cum competenti moderatione*”<sup>64</sup>. Esto quiere decir que “en los casos inciertos la obligación resarcitoria no debe exceder la medida del daño que el deudor podía prever, vale decir, aceptar tácita o expresamente”<sup>65</sup>. Molineo hace esta observación no sólo respecto de los contratos, sino respecto de los delitos, dentro de los cuales distingue los dolosos y los culposos, para los primeros no habría tal límite y el autor deberá resarcir “*omnia damna*”<sup>66</sup>. Por ello, el pensamiento de este jurisconsulto deja relucir una “óptica sistemática de la responsabilidad, dentro de la cual se incorporaba, como instrumento

---

<sup>64</sup> Alessandro GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Giappichelli, Torino, 2008, 4, quien cita a Carolus MOLINEAUS, *Tractatus de eo quod interest*, Venezia, 1574.

<sup>65</sup> Alessandro GNANI, *op. cit.*, 4-5.

<sup>66</sup> Alessandro GNANI, *op. cit.*, 5.

operativo, la regla de previsibilidad. Responsabilidad contractual y aquiliana debían delinirse al principio de mensura de la obligación resarcitoria al elemento subjetivo y en vista de la actuación de este principio es que la previsibilidad juega un rol unificador de la obligación resarcitoria, derive de incumplimiento o de ilícito aquiliano culposo”<sup>67</sup>.

El pensamiento de Molineo es asimilado por Pothier en su Tratado<sup>68</sup>. En efecto, “el significado y la *ratio* de la regla de la previsibilidad permanecieron intactos; pero el discurso cambia si se observa desde el plano sistemático”<sup>69</sup>, por cuanto el criterio de la previsibilidad es confinado sólo a nivel contractual<sup>70</sup>. Este último modelo es asimilado en el art. 1150 del *Code Napoléon*<sup>71</sup> y seguido, entre otros, por el art. 1225 del *Codice* y el art. 1321 c.c. Téngase en cuenta que Pothier, murió en 1772, es decir, con más de treinta años de anticipación a la promulgación del *Code* y la *nouvelle* edición de su Tratado es de 1805. Hecha esta cronología, es importante señalar que sus ideas han quedado plasmadas en este cuerpo de leyes. Punto de referencia forzoso es la obra de Fenet, quien publicó los trabajos preparatorios del *Code* en 1827. En efecto, en la sesión del 03.11.1803, Bigot-Préameneu, presentó el título II del libro III del *Projet*, y los arts. 47 y 48 del mismo, fueron aprobados sin discusión alguna y son los correspondientes a los actuales 1150 y 1151 del *Code*<sup>72</sup>. Volviendo al *Traité*, Pothier, advertía que “no se debe, sin embargo, someter al deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas que indistintamente ha ocasionado la inejecución de la obligación, y mucho menos aún de todas las ganancias que el acreedor habría podido hacer, si el deudor hubiese satisfecho su obligación. Para esto se debe atender a los diferentes casos y las diferentes especies de daños y perjuicios; y a tenor de estos casos y diferencias será preciso aportar cierta moderación a la tasación y estimación que deba hacerse.

---

<sup>67</sup> Alessandro GNANI, *op. cit.*, 6.

<sup>68</sup> Robert Joseph POTHIER, *Traité des Obligations*, Bruxelles, 1831, n. 160, citado por Alessandro GNANI, *op. cit.*, 8.

<sup>69</sup> Alessandro GNANI, *op. cit.*, 8.

<sup>70</sup> Alessandro GNANI, *op. cit.*, 11.

<sup>71</sup> Alessandro GNANI, *op. cit.*, 12.

<sup>72</sup> P. A. FENET, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, Tomo 13, Paris, 1827, 56.

Cuando no se le puede reprochar al deudor el dolo, sino a una simple culpa por no ejecutar la obligación, sea porque se ha comprometido temerariamente a una cosa que no podía cumplir, sea porque se ha puesto por su culpa a un estado en que le es imposible cumplir a su promesa; en tales casos el deudor está obligado solamente a los daños y perjuicios que se pudo prever al tiempo de celebrarse el contrato, que el acreedor podría sufrir por la inexecución de la obligación; en cuanto el deudor está obligado a someterse solo a esto (Cod.civ.art. 1150)<sup>73</sup>.

Ahora bien, otro sector de la doctrina francesa, como Planiol y los Mazeaud, sobre la base de la unificación de la responsabilidad civil, bajo el “principio de la reparación integral del daño”, se tiende a hacer una interpretación abrogante del criterio de previsibilidad<sup>74</sup>. El principio de la reparación integral del daño se basa en la visión, ya advertida por los Mazeaud, de trasladar la atención del dañante al dañado<sup>75</sup>. Así, “cuando se trata de fijar la importancia de la reparación, no es el responsable al que se debe considerar, sino a la víctima; no es la culpa, sino el perjuicio”<sup>76</sup>.

Apartándose de lo establecido en los modelos argentino, francés y peruano, el **Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la República Argentina del año 2012** asimila el modelo de la **reparación plena** tanto a nivel contractual como extracontractual. Así, el art. 1736 prescribe:

**“Reparación plena.** La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que fuere parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el

---

<sup>73</sup> Robert-Joseph POTHIER, *Traité des Obligations*, Nueva Edición, por BERNARDI, Tomo I, Letellier, Paris, 1805, 106-107.

<sup>74</sup> Alessandro GNANI, *op. cit.*, 16-17.

<sup>75</sup> Henri y Leon MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, III, Paris, 1934, 406, citados por Alessandro GNANI, *op. cit.*, 13.

<sup>76</sup> Henri y Leon MAZEAUD, *op. cit.*

juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.

**El art. 1740 del Código Civil y Comercial de la República Argentina de 2014, que entrará en vigencia en 2016, ha asimilado *ad pedem literae* este artículo.** No puedo más que estar de acuerdo: tanto en responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones como en aquella extracontractual, el principio que debe primar es el de **reparación integral** de la víctima. El establecer límites (daño previsible para la responsabilidad por culpa leve; daño que sea consecuencia inmediata y directa, para la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable) es aún un rezago de la percepción de la responsabilidad civil en función del dañante y no del dañado. No se olvide que una de las funciones de la responsabilidad civil es la satisfactiva y su finalidad es la de volver las cosas al estado anterior de la ocurrencia del daño (en la medida que ello sea posible): estas limitaciones colisionan con ello. Se debe tener en cuenta además que, pueden ocasionarse graves daños por culpa leve y también, menores daños, aunque se haya actuado con culpa inexcusable o con dolo. Como se mencionó, el daño debe ser una suerte de horizonte hermenéutico al momento de la reparación del mismo. Si el supuesto es el de responsabilidad subjetiva, la graduación de la culpa no debe operar como un beneficio a favor del dañante. Lo que se impone es un modelo jurídico en el cual el dañado asuma la carga de la prueba de los daños y del nexo causal y si se comprueba ello por el juez, el mismo deberá ordenar su reparación, sin más limitación que el principio de reparación integral a la víctima. Por el momento, es aconsejable que el juez se aparte de una interpretación literal los textos legislativos vigentes citados y tenga en cuenta este principio.

8. *Conclusiones*

a. El actual Código civil peruano de 1984 si bien es el resultado de los aportes de insignes juristas, encuentra ciertas dificultades a nivel de interpretación sistemática, por cuanto cada libro es tributario de modelos jurídicos que no siempre son coincidentes. Es el caso del Libro V, de Las Obligaciones, que tiene una marcada influencia de la versión original de *Code*

*civile* francés (para muestra, basta decir que el Código civil peruano mantiene el principio de mutabilidad parcial de la cláusula penal) y el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, que ha recogido en sustancia el *Codice civile* italiano de 1942.

b. El art. 1398 del código civil peruano, siguiendo al art. 1341 del código civil italiano de 1942, regula a las cláusulas vejatorias. Este dispositivo se aplica tanto para los contratos de adhesión como para las cláusulas generales de contratación no aprobados administrativamente.

c. También el art. 49.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley No. 29571, del 01.09.10 define a las **cláusulas abusivas**. Siguiendo el modelo de la Directiva Comunitaria No. 93/13/CEE, el Código de Protección y Defensa del Consumidor se alinea dentro de los países que asimilan una tutela (que a su vez, se inspira en el modelo jurídico alemán) basada en una lista negra y en una lista gris. La lista negra (art. 50) contiene un elenco de cláusulas que están afectas de ineficacia absoluta y la lista gris (art. 51) de ineficacia relativa. Esta última es un *numerus apertus* (son ejemplificativas, no taxativas). Evidentemente, sólo la autoridad judicial puede declararlas ineficaces, mientras que la autoridad administrativa (según el art. 52.1) puede inaplicarlas.

d. Debe recalcar que tanto el Código de Protección y Defensa del Consumidor y la Directiva Comunitaria No. 93/13/CEE toman de la disciplina francesa, una tutela que sólo se centra en la relación de consumo.

e. Debemos de partir de la premisa que el universo de la contratación por adhesión no coincide simétricamente con la contratación masiva con los consumidores. Pueden haber casos de contratos por adhesión (con cláusulas vejatorias) en la cuales el adherente no es un consumidor. Es el caso de la contratación que haría un banco para representar sus valores en anotaciones en cuenta con una empresa que ofrece este servicio.

**f.El principio de la buena fe**, si bien no ha sido acogido en el Título Preliminar del Código Civil peruano, como lo ha hecho el homólogo español (con la reforma de 1973), es invocado en no pocos artículos. Siguiendo las tres vías de concreción del principio de la buena fe, lo encontramos:

i. En el Libro de Acto Jurídico, en el art. 168 c.c, como un canon o criterio hermenéutico.

ii. En el Libro de Fuentes de Obligaciones, en el art. 1362 c.c., como un criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones.

iii. Como un canon o criterio al que debe someterse el ejercicio de los derechos subjetivos. Un límite de estos derechos es la prohibición del abuso de derecho, invocado en el art. II del Título Preliminar, el cual debe ser interpretado sistemáticamente, con el art. 1971.1 c.c. (ubicado en la Sección de Responsabilidad Extracontractual), el cual establece que no hay responsabilidad en “en el ejercicio regular de un derecho”.

g. El principio de la buena fe también es reconocido en el art. V.5 del Título Preliminar de la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

h. Si bien el principio de buena fe es frecuentemente empleado por jueces y árbitros en la interpretación de los actos jurídicos, no es extraña la invocación de sus derivaciones, como es el caso de los actos propios o de la apariencia.

i. En materia de **responsabilidad civil**, Código Civil peruano adopta un sistema binario: tenemos regulada la responsabilidad contractual en el Libro VI, Las Obligaciones, Sección

Segunda, Efectos de las Obligaciones. Título IX, Inejecución de las Obligaciones, y la responsabilidad extra-contractual, en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Sexta.

j. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia peruanas están encaminadas hacia una interpretación sistemática de ambos regímenes.

k. La jurisprudencia nacional, en materia de responsabilidad civil por mala *praxis* médica está admitiendo el derecho de opción: en ello encontramos un aspecto positivo, por cuanto ello es una muestra que el operador jurídico está ampliando sus horizontes interpretativos. Sin embargo, no se está reconociendo el derecho de opción en un supuesto adecuado: la responsabilidad médica (salvo, en mi opinión, en el caso de la mala *praxis* derivada de la atención en emergencia) es un típico supuesto de responsabilidad contractual.

l. Lamentablemente, los jueces peruanos ven **zonas grises** (vale decir, cuando dentro de una relación jurídica obligatoria, se produce un daño que exhorbita los derechos y deberes inherentes a dicha relación y por ende, también se configura un supuesto de responsabilidad extra-contractual) en supuestos donde no se configuran.

m. Independientemente del problema de las “zonas grises”, los modelos jurídicos tienden hacia la unificación: piénsese en el caso de la **responsabilidad civil por productos defectuosos**. Si observamos con atención, el art. 101 de la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, del 01.09.10, supera la distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual al establecer que la responsabilidad civil de los proveedores es solidaria (téngase en cuenta que el proveedor puede ser tanto el que vende el producto como el que lo fabrica).

n. Dentro de la actual sistemática del Código Civil peruano, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo (concebido como daño no patrimonial a los sujetos de derecho)

comprende, en materia extracontractual, el **daño a la persona** (art. 1985 c.c.), entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y al **daño moral** (art. 1984 c.c.), definido como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.”, padecidos por la víctima, que tienen el carácter de “efímeros y no duraderos”. Esta diferenciación ha sido tenida en cuenta en el **Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la República Argentina del año 2012**.

o. En materia de inexecución de las obligaciones, se cuenta con el art. 1322 c.c., el cual reconoce que: “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”. Como puede observarse, **en este numeral sólo se reconoce expresamente el daño moral y no el daño a la persona**. Esta aparente contradicción se resuelve con una interpretación *a simili* y sistemática de los arts. 1322 y 1985 c.c. Adicionalmente a ello, sostener que sólo cabe el daño a la persona en la responsabilidad extracontractual y no en la contractual, afecta manifiestamente el principio de la igualdad entre los dañados, principio que está consagrado (si bien como derecho) en el art. 2.2 de la Constitución Política del Perú de 1993.

p. En materia de **causalidad**, si se hace una interpretación literal de los textos, se puede afirmar que en materia de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana se acoge la teoría de la causa adecuada (art. 1985 c.c.) y en inexecución de las obligaciones se asume la teoría de la causa próxima (art. 1321 c.c., segundo párrafo, inspirado en el art. 1223 del c.c.italiano, el cual recoge lo contenido en el art. 1151 del *Code* y, de alguna manera, en el art. 100 del proyecto franco-italiano del código de obligaciones y contratos de 1927).

q. Sin embargo, la doctrina nacional y la jurisprudencia administrativa de tutela del consumidor, llegan a una interpretación sistemática de ambos textos y es posible aplicar la causalidad adecuada, incluso en supuestos de responsabilidad contractual.

r. En materia de **reparación del daño** derivada de responsabilidad civil contractual, el *Code civil* en sus arts. 1150 y 1151, establece topes. Este modelo ha sido seguido por el Código Civil argentino vigente (arts. 519 a 522) y el Código civil peruano en su art. 1321. Urge una interpretación inspirada en el principio de reparación integral del daño.

s. Apartándose de lo establecido en los modelos argentino, francés y peruano, el **Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la República Argentina del año 2012** y el **Código Civil Comercial de la República Argentina de 2014** asimilan el modelo de la **reparación plena** tanto a nivel contractual como extracontractual.

t. No puedo más que estar de acuerdo: tanto en responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones como en aquella extracontractual, el principio que debe primar es el de **reparación integral** de la víctima. El establecer límites (daño previsible para la responsabilidad por culpa leve; daño que sea consecuencia inmediata y directa, para la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable) es aún un rezago de la percepción de la responsabilidad civil en función del dañante y no del dañado.

Perù, aprile 2015.