

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA UNIFICACIÓN DEL
RÉGIMEN DUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A NIVEL DEL
ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO”**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE

ABOGADA

AUTORA: Bach. Rina Ruth Mariños García

ASESOR: Dr. Olegario David Florián Vigo

Trujillo – Perú

2016

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA UNIFICACIÓN DEL
RÉGIMEN DUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A NIVEL DEL
ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO”**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE

ABOGADA

AUTORA: Bach. Rina Ruth Mariños García

ASESOR: Dr. Olegario David Florián Vigo

Trujillo – Perú

2016

PRESENTACIÓN

**SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA
ANTENOR ORREGO:**

Rina Ruth Mariños García, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, cumpliendo con los lineamientos establecidos en por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, pongo ante ustedes el presente trabajo de investigación titulado “**CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A NIVEL DEL ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO**”, el mismo que espero reúna los requisitos suficientes para su oportuna aceptación.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación.

Agradezco, de antemano la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresar a ustedes las muestras de mi consideración y estima.

Atentamente,

.....
Bach. Rina Ruth Mariños García

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por guiarme y darme las fuerzas para seguir adelante.

A mis profesores de mi alma mater UPAO, por su invaluable paciencia y apoyo para lograr mi superación profesional, especialmente a mi asesor Dr. David Florián Vigo.

DEDICATORIA

A mi hija Valentina por ser mi mayor motivación para nunca rendirme, por mostrarme su pureza y su amor verdadero.

A mis padres, en especial a mi madre July por su sacrificio y esfuerzo constante por brindarme su apoyo incondicional y la confianza en cada momento de mi vida.

A mi abuela Rosa, por haberme brindado todo el amor desde pequeña y enseñarme los valores de la vida.

A mi tío Hwaímer, por estar siempre presente y brindarme sus sabios consejos.

RESUMEN

La Tesis que hemos denominado “**CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A NIVEL DEL ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO**”, responde a la necesidad de determinar los criterios que nos permitan fundamentar la unificación de la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Derecho de Daños en nuestro ordenamiento civil.

En este sentido, la formulación de nuestro Problema es el siguiente: **¿CUÁLES SON LOS CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A NIVEL DEL ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO?**, para lo cual se ha propuesto la siguiente hipótesis de investigación: ***“Los criterios jurídicos para la unificación del régimen dual de la Responsabilidad Civil (Contractual y Extracontractual) son: privilegiar objetivamente la reparación del daño causado a la víctima y evitar contradicciones al momento de su aplicación”***.

A nivel de los objetivos nos hemos propuesto demostrar que el Actual Régimen Dualista de Responsabilidad Civil, genera contradicciones en su aplicación por los Operadores Jurídicos.

En este orden de ideas, pues, hemos llegado a la conclusión que la dualidad de la noción del régimen de la responsabilidad civil ha ocasionado múltiples problemas, especialmente a nivel aplicativo por los órganos jurisdiccionales, ya que los operadores jurídicos emiten sentencias contradictorias y deficientes en fundamentación jurídica en especial cuando se presentan las zonas grises, por lo que se hace necesario la unificación de las teorías. Por otro lado, en estos tiempos, el Derecho moderno tiene como fundamento el daño ocasionado a la víctima y como objetivo el debido resarcimiento a esta; por tanto es el daño entonces el criterio que debe orientar hacia la unificación del actual régimen dual de responsabilidad civil.

ABSTRACT

The thesis we have called "**LEGAL CRITERIA FOR THE UNIFICATION OF DUAL SYSTEM OF LIABILITY TO LEVEL THE PERUVIAN CIVIL ORDER**" responds to the need to determine the criteria that enable us to support the unification of the Contract and Tort Liability in law Damage to our civil law.

In this sense, the formulation of our problem is this: WHAT ARE THE LEGAL CRITERIA FOR THE UNIFICATION OF DUAL SYSTEM OF LIABILITY TO LEVEL THE PERUVIAN CIVIL ORDER?, for which it has proposed the following hypothesis: " the legal criteria for the unification of the dual regime of civil liability (contract and tort) are objetivamete favor repairing the damage caused to the victim and avoid conflict at the time of application."

In terms of the objectives we have set out to prove that the current regime Dualistic Liability generates contradictions in his application for legal operators.

In this vein, then, we have concluded that the duality of the notion of the regime of civil liability has caused many problems, especially at the application level by the courts as legal operators issued contradictory and inadequate sentences legal basis especially when the gray areas are presented, so that the unification of the theories is necessary. Moreover, in these times, modern law has as its foundation the damage caused to the victim and aim at proper compensation this; therefore the damage then the criteria that should guide towards the unification of the current dual system of civil liability.

TABLA DE CONTENIDO

CARÁTULA.....	I
CONTRACARÁTULA	II
PRESENTACIÓN.....	III
AGRADECIMIENTO	IV
DEDICATORIA.....	V
RESUMEN	VI
ABSTRACT	VII
TABLA DE CONTENIDO	VIII

CAPITULO I EL PROBLEMA

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	02
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	06
1.3. HIPÓTESIS	06
1.4. VARIABLES	06
1.5. OBJETIVOS.....	06
1.6. JUSTIFICACIÓN	07

CAPITULO II ASPECTOS GENERALES DEL MARCO TEÓRICO

1. Definición de Responsabilidad Civil	09
2. Evolución histórica	12
3. Funciones de la responsabilidad civil.....	16

4. La responsabilidad civil en nuestros Código Civile	18
5. El daño en la Responsabilidad civil.....	25
6. Elementos constitutivos	26
7. La Responsabilidad Extracontractual.....	33
8. La Responsabilidad extracontractual en el Perú	37
9. La Moderna Responsabilidad Extracontractual	40
10. La relacion de causalidad o nexo causal	49
11. La Causa de la Responsabilidad Extracontractual dentro del Código Civil Peruano	53
12. Resolución Judicial: Caso Extracontractual (Causa Adecuada)	60

**CAPITULO III
METODOLOGÍA**

3.1.- Tipo de estudio	63
3.2.- Métodos de investigación	63
3.3.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos	65
3.4.- Métodos de análisis de datos	66

CAPITULO IV
DISCUSIÓN DE RESULTADOS

CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A NIVEL DEL ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO	68
CONCLUSIONES	95
RECOMENDACIONES	97
BIBLIOGRAFÍA	98
ANEXOS	101

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA

Uno de los puntos que no ha tenido hasta la fecha una solución definitiva en torno a la Responsabilidad Civil, es el modelo que debe seguirse en cuanto a los términos de su estudio y aplicación, haciendo que muchas legislaciones y doctrinarios tomen partido en uno u otro sentido al momento de abordarlas.

Nuestro Código Civil adopta un Sistema Binario de Responsabilidad Civil: Responsabilidad Contractual regulada en el Libro VI (Libro de Obligaciones) y Responsabilidad Extracontractual regulada en el Libro VII (fuente de las obligaciones). Se trata de una división clásica y secular consagrada después de una larga evolución en el derecho francés y posteriormente acogida por nuestra legislación; no obstante este sistema presenta serias deficiencias; ya que debido a una técnica legislativa inadecuada, muchas veces se convierte en un Sistema contradictorio o deficiente y permite que en los vacíos o incoherencias se ampare el más poderoso o el irresponsable; vulnerándose el derecho de protección efectiva de la víctima.

Este Sistema Dualista de Responsabilidad Civil genera actualmente graves problemas en nuestra realidad ya que, según la Teoría que se acoja, para desplazar las consecuencias económicas del daño hacia un tercero, observamos la grave incoherencia que reviste el hacer distinguir en la reparación de un mismo daño según medie o no un contrato. En efecto ¿por qué establecer distinciones ante hechos semejantes? ¿Qué justifica que en un caso los alcances y contenidos de la reparación sean más amplios? ¿Por qué el tiempo de exigibilidad de una obligación es mayor en un caso que otro? Asimismo a nivel procesal los Jueces emiten sentencias contradictorias, hay confusión cuando en un caso concurren tanto la Responsabilidad Contractual como la Responsabilidad Extracontractual generando lo que se conoce como la “zona gris”.

Este sistema, que alcanzó su desarrollo en una sociedad en la cual el eje determinante para atribuir responsabilidad a alguien estaba delineada por el concepto de culpa en donde en múltiples casos se desampara totalmente a la víctima y en otros se reconoce una reparación exigua actualmente se ha convertido en un Sistema Imperfecto; el eje actual de la Responsabilidad Civil es el Daño y ha destronado a la culpa.

Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido hasta 3 tipos de modelos o teorías en torno a la Responsabilidad civil a saber:

La tesis dualista precisa que la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual, son totalmente diferentes, en tal sentido, ameritarían estudios totalmente independientes o separados, y deben estudiarse en cursos por separado, en tal sentido, uno dentro de contratos y otro de responsabilidad civil extracontractual.

Siguiendo esta orientación los autores estudian sólo un tipo o clase de la responsabilidad civil, en tal sentido, algunos publican sólo sobre la responsabilidad civil extracontractual y otros sobre la responsabilidad civil contractual, porque ameritarían conocimientos totalmente diferentes, o dicho de otro modo separados entre sí, como el agua con el aceite, lo cual trae como consecuencia que los estudios deben necesariamente realizarse en forma o manera separada, dado que se tratarían de materias que pueden ser conocidas como irreconciliables.

Por otro lado, encontramos la **tesis monista** de la Responsabilidad civil, que es más moderna que la anterior, dentro de la cual se sostiene la existencia de una nueva disciplina jurídica, la cual es conocida como "Derecho de la responsabilidad civil". Esta tesis sostiene que la responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual deben ser estudiadas en forma conjunta.

Si se sigue esta tesis es claro que los autores deben estudiar ambos tipos o clases de responsabilidad civil en forma conjunta, y publicar trabajos de investigación de la misma manera, porque sería conocimientos que no pueden ser entendidos en forma separada.

Es decir, no serían considerados como el agua y el aceite, sino que son temas o instituciones jurídicas que para facilitar su estudio deben estudiarse en un solo curso. Según esta tesis existe compatibilidad entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual, por lo tanto, deben ser estudiadas en forma conjunta.

Existe también la **tesis ecléctica**, la cual es una teoría intermedia, la cual toma un poco de cada tesis, para conformar una tercera tesis que supera a las anteriores, y que para algunos autores, resultaría más actual que las dos tesis anteriores.

La **tesis ecléctica** sostiene que existen zonas comunes entre ambas tesis, y además existen zonas totalmente independientes, es decir, sería una teoría intermedia, que desde cierto enfoque puede ser considerada como el punto medio aristotélico. En esta tesis también existe compatibilidad, entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual; sin embargo, se reconoce que tiene menos alcance.

Frente a estas distinciones, se hace necesario una regulación de la responsabilidad civil acorde con la época, flexible ante los nuevos eventos a fin de hacer de esta Institución un mecanismo realmente útil y al servicio de la persona; lo fundamental es reparar las consecuencias del evento, con el fin de satisfacer a la víctima; es en este sentido que se plantea la posibilidad de un Sistema Único de Responsabilidad teniendo como eje central del problema (en ambos tipos de Responsabilidad Civil) el daño; tan es así 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.

La Unificación debe entenderse en el sentido de la uniformización en “Normas Unificables” y no de “Integración Absoluta”, diluyendo toda posibilidad de distinción en el sistema, en éste sentido que es factible proponer la unificación de los Sistemas de Responsabilidad Civil, entendiéndose por tal la uniformización de aspectos sustanciales y accidentales de carácter general y la regulación de casos particulares en normas especiales.

El problema práctico se presenta en la “zona gris” de obligaciones, en donde existen casos que generan dudas respecto de la aplicación de las reglas de la responsabilidad por incumplimiento o de la responsabilidad extracontractual, no sería conveniente acaso permitir al damnificado decidir el ejercicio de la acción que más le convenga (teniendo en cuenta el plazo de prescripción o el régimen sobre la carga de la prueba, etc.), y así poner fin a la discusión que en el proceso se presenta, de que si la responsabilidad civil es contractual y/o extracontractual.

Esta unificación de la Responsabilidad Civil en nuestra Legislación contribuiría a solucionar los problemas que actualmente se presentan, asimismo las víctimas verían resarcidos sus derechos vulnerados de manera eficaz. Como bien sabemos el Derecho es dinámico sus instituciones y reglas que lo conforman, se desarrollan en un contexto de tiempo y lugar el cual no es absoluto ni permanente sino variable según las circunstancias y necesidades del entorno social que pretenden regular en este sentido que la institución de la responsabilidad civil está próximamente a ser sustituida por la de “Derecho de daños”, la que actualmente viene siendo respaldada por múltiples tratadistas, destacándose en nuestro medio el Dr. Carlos Fernández Sessarego.

1.2.- ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿CUÁLES SON LOS CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A NIVEL DEL ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO?

1.3.- HIPÓTESIS

“Los criterios jurídicos para la unificación del régimen dual de la Responsabilidad Civil (Contractual y Extracontractual) son: privilegiar objetivamente la reparación del daño causado a la víctima y evitar contradicciones al momento de su aplicación”.

1.4.- VARIABLES

Independiente:

Los criterios jurídicos para la unificación del régimen dual de la Responsabilidad Civil (Contractual y Extracontractual).

Dependientes:

- Privilegiar objetivamente la reparación del daño causado a la víctima,
- Evitar contradicciones al momento de su aplicación.

1.5.- OBJETIVOS

1.5.1.- GENERAL

- Determinar cuáles son los criterios jurídicos para la unificación del régimen dual de la Responsabilidad Civil a nivel del ordenamiento civil peruano.

1.5.2.- ESPECIFICOS

1.3.2.1.- Demostrar que el Actual Régimen Dualista de Responsabilidad Civil, genera contradicciones en su aplicación por los Operadores Jurídicos.

1.3.2.2.- Demostrar una falta de Unificación en las Sentencias expedidas por los jueces.

1.3.2.3.- Resaltar la Importancia del Daño ocasionado a la víctima y su adecuado resarcimiento como el elemento determinante para Unificar la Responsabilidad Civil en un Derecho de Daños.

1.3.2.4.- Demostrar que el Resarcimiento del Daño a la víctima en nuestro Sistema Judicial es ineficiente por no contar con una adecuada Regulación Jurídica.

1.6.- JUSTIFICACIÓN

El régimen dual de la responsabilidad civil manifiesta su ineficacia al presentarse la problemática de las zonas grises, pues estas ocasionan el desconcierto y contradicción al momento de sentenciar por parte de los órganos jurisdiccionales; redundando en una carga procesal, la cual pudiera ser reducida si es que, se adoptara un sistema único de responsabilidad civil lo cual ahorraría costos a las partes y al sistema de justicia. Actualmente el eje central entorno al cual gira la responsabilidad civil es el daño ocasionado a la víctima y su adecuado asesoramiento. El Daño es único, siempre es el mismo; es decir el Daño es ahora el Nuevo factor Común entre ambos tipos de responsabilidad, si esto es así, entonces porque seguir manteniendo un Régimen Dual de Responsabilidad Civil y no Optar por la Unificación de la Responsabilidad Civil en un Derecho de Daños, donde la víctima sea adecuadamente resarcida.

CAPÍTULO II

ASPECTOS GENERALES DEL MARCO TEÓRICO

1. Definición de Responsabilidad Civil

La palabra responsabilidad viene del latín *responsus*, que significa “hacerse garante”¹. La RAE lo define como “Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”².

El profesor **ALESSANDRI RODRÍGUEZ**, citado por el tratadista internacional **LÓPEZ RODRÍGUEZ** explica que responsabilidad "es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra"³.

DE TRAZEGNIES, define a la Responsabilidad Civil, como una institución nacida en el siglo XVII, como un mecanismo de protección de los derechos individuales absolutos (derecho a la integridad física, y a la propiedad), pero sobre todo nace como un mecanismo dirigido a sancionar la realización de ciertos actos o conductas legal y/o moralmente Reprobables, no existiendo Responsabilidad, sino hay culpa, que es el sistema que existió en el siglo XIX⁴.

Luego, agrega, que al surgimiento de las sociedades modernas, la responsabilidad civil se transforma en un mecanismo empleado, primordialmente para proveer de ayuda económica a las víctimas de los accidentes, concluyendo en éste sentido, que la Responsabilidad Extra- Contractual, persigue ante todo reparar económicamente un daño, esto es, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el derecho quiere que los aspectos materiales de éste daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros

1 **CALLE CASUSO, Lean P.** *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*. Lima-Perú. Ara editores, 2002, p. 121.

2 Real Academia de la Lengua. Tomo II. Espasa. Madrid. 1999, p. 267.

3 **LOPEZ RODRIGUEZ, Juan.** *Responsabilidad del estado por errores judiciales*. Ediciones doctrina y ley LTDA, p. 6.

4 **DE TRAZEGNIES, Fernando.** *La Responsabilidad Extracontractual*, Biblioteca para leer del Código Civil, Vol IV, Tomo II, PUCP fondo Editorial, 1988, p.441, 442

individuos, por lo que diversos autores coinciden en que deberá enfatizarse la reparación de la víctima, que el castigo del culpable.

La responsabilidad jurídica, fue ubicada bajo la égida de una responsabilidad moral y marcó en grados diversos, los diferentes tipos de responsabilidad: ya sea que se tratara de los daños cometidos por la autoridad pública, por los particulares, dentro de la responsabilidad administrativa o civil, o se persiguiera infligir una pena en materia de responsabilidad disciplinaria o penal⁵.

Por otro lado los autores **GHERSN** y **STIGLITZ –PERLLAREDA** señalan acerca de la responsabilidad civil que esta importa un deber que, como respuesta adecuada, soporta quien ha causado un daño, perjuicio o detrimento. Asimismo nos continúa explicando que La responsabilidad enfrenta a una pareja con intereses opuestos: víctima y victimario; dañado y dañador; a quien padece el perjuicio y a quien es agente del mismo. En ese mismo orden de ideas el autor nos refiere que no hay responsabilidad sin una conducta del autor o agente, contraria al ordenamiento jurídico, atribuible con base en un factor objetivo o subjetivo, que origina un daño que se haya en relación de causalidad adecuada⁶.

La Responsabilidad Civil, contiene dos modalidades, la Responsabilidad Contractual como la Extra-Contractual, situándonos en la primera cuando deviene de un incumplimiento de contrato o como sanción derivada de la aplicación de una cláusula penal, para casos de inejecución de las obligaciones; mientras la segunda es consecuencia, de haberse producido un daño ajeno a toda vinculación convencional.

5 **SEGUI, Adela**, Aspectos Relevantes de la Responsabilidad Civil Moderna , p. 68.

6 **MOSSET ITURRASPE, J., GHERSI, Carlos A. y otros.** *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires – Argentina, Edit. Hammurabi S.R.L., 1ra. Edic., 1,992, 2da. Reimp, 1,997.

MOSSTE ITURRASPE afirma que la responsabilidad civil no es otra cosa que el deber de indemnizar los daños causados culposamente a otro, donde el responsable tiene que indemnizar a la víctima⁷. En el mismo sentido, **VISSER DEL PINO** sostiene que la responsabilidad civil es la obligación que surge en cabeza de una persona de reparar un daño a otro, como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, doloso o culposo, o por el incumplimiento de una obligación.

Estas y otras definiciones especializadas consideran a la culpa como único factor de atribución; sin embargo, en la actualidad, se consideran a otros factores que coexisten con la culpa, entre ellos tenemos al *riesgo* en sus diversas variantes (riesgo adicional, riesgo creado, riesgo beneficio y riesgo empresa) que va ganando terreno en la doctrina y las legislaciones, por lo que dichas concepciones, de corte subjetivo, actualmente resultan muy restringidas, pues dejan fuera a todos los casos de responsabilidad objetiva.

Para definir a la responsabilidad civil en este contexto, debemos tener en cuenta que en determinados casos, frente a un daño, no solo tiene el deber de responder su autor, sino también un tercero que presente alguna relación con el autor del daño, dichos casos son la responsabilidad por hecho ajeno y la responsabilidad por el hecho de las cosas. Además, la definición debe abarcar los dos regímenes de responsabilidad civil, es decir, el contractual y el extracontractual.

En base a estas ideas, podemos concluir, junto con el profesor **BUSTAMANTE ALSINA**, citado por **ESPINOZA ESPINOZA**, que la responsabilidad civil puede ser definida como la obligación que tiene un sujeto de derecho, sea por imputación objetiva o subjetiva, de reparar un daño causado a

⁷ *Ibidem*, p. 21.

otro por la violación de una obligación convencional o legal, resultante de un hecho propio, ajeno o de las cosas⁸.

De esta suerte, podemos destacar los elementos esenciales de la responsabilidad civil: 1) La existencia de un daño causado a otro, 2) La obligación de repararlo, 3) El sujeto de derecho como único susceptible de adquirir obligaciones, descartando a las cosas y a los animales, 4) El daño como resultado de la violación de una obligación convencional, que es materia del régimen de responsabilidad civil contractual, 5) El daño como resultado de una obligación legal u obligación de no dañar a nadie, "alterum non laedere", que es materia del régimen de responsabilidad civil extracontractual, 6) El daño como resultado de un hecho propio, ajeno o de las cosas; es decir que la definición propuesta comprende tanto la responsabilidad directa (por hecho propio) como la responsabilidad indirecta (por hecho ajeno o de las cosas); y, 7) El factor de atribución que puede ser de naturaleza objetiva o subjetiva.

2. Evolución histórica

La responsabilidad ha existido y ha sido reconocida por el hombre desde la antigüedad y con el transcurso del tiempo se ha venido regulando y estableciendo compensaciones en función del alcance de dicha responsabilidad y de una mejor comprensión de la misma.

La responsabilidad civil, ha sido dividida por la doctrina en dos categorías claramente definidas; una de ellas, que es materia del presente sub capítulo, es la **Responsabilidad Contractual** que según nuestro ordenamiento legal consiste en la obligación del deudor de indemnizar al acreedor por los perjuicios que le ha originado el incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de su obligación. La otra es la **Responsabilidad Extracontractual**, denominada

⁸ **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Lima- Perú, Edit. Gaceta Jurídica, 2002, 1ra. edic., p 157.

también delictual o aquiliana, consistente en la obligación del autor de un hecho, de indemnizar los perjuicios que ese hecho ha ocasionado a la víctima.

Respecto de la segunda responsabilidad encontramos amplia bibliografía, no así de la responsabilidad contractual, por ello el objetivo de este sub capítulo, es un pequeño aporte a la colectividad jurídica que espero sea apreciado.

El presente sub capítulo se inicia con una breve reseña de la evolución histórica de la responsabilidad contractual y continua tratando de dar una definición de la misma, explica cuales son sus requisitos y finalmente se refiere a la indemnización que corresponde ante determinados actos del deudor.

En cuanto a la evolución que ha tenido la responsabilidad contractual, debemos señalar en primer lugar que, en el Derecho Romano además de las obligaciones provenientes de los delitos y otros daños sancionados por la Ley Aquilia, se conoció otro tipo de responsabilidad que provenía del **negotium**, del **contractus** lo que podríamos llamar negocio y contrato; aunque de las fuentes romanas no podemos pretender encontrar una doctrina del negocio jurídico, de los contratos y de la responsabilidad tal como la conocemos hoy, sin embargo si encontramos los principios de derecho que fueron aptos para satisfacer las necesidades jurídicas de ese momento histórico y que han servido de base para su conceptualización actual.

Al respecto, Antonio José Quesada Sánchez, Investigador de la Universidad de Málaga, España, al describir entre otros, la evolución histórica del concepto de contrato nos dice lo siguiente. *“El concepto de contrato, entendido en el sentido actual, no se formó como tal en el Derecho Romano, sino que, sobre la base de las consideraciones realizadas en la época romana, las ideas que se van formando sufrirán un desarrollo posterior (se van gestando en esta época, pero no culminan en un concepto general). No es necesario profundizar demasiado para percibir la falta de un concepto general de contrato en Derecho Romano clásico (dicho concepto será propio del pensamiento jurídico moderno): para la*

*mentalidad casuística de la jurisprudencia romana de la época clásica no existía un concepto general de contrato, sino una serie de tipos contractuales específicos (contratos nominados), consagrándose un importante y evidente casuismo (es apreciable la rigidez del sistema clásico a la hora de tipificar casos concretos)."*⁹

Efectivamente, en Roma antigua no existían los principios de contrato, negocio jurídico y responsabilidad; el derecho romano de aquella época no conocía el término "responsabilidad" y menos aún los términos "responsabilidad contractual" o "responsabilidad extracontractual". Es a partir de una ley específica, la lex Aquilia que la jurisprudencia fue ampliando los conocimientos y conceptos hasta completarse por los juristas de la Edad Media y posteriores hasta la actualidad, lo que ha venido a llamarse responsabilidad extracontractual o aquiliana, de tal modo que cada vez que una persona origina un hecho que causa un perjuicio económico debe restaurar al dañado el valor del perjuicio, y con la ley *Poetelia Papiria*, la obligación se va a convertir de personal o penal en patrimonial.

La Doctora Nelly Dora Louzan Solimano, respecto de la responsabilidad que sanciona la ley aquilia, expresa lo siguiente: *"En la época clásica la acción de la ley Aquilia era una acción penal privada, que en la "condemnatio" obligaba al causante del daño a pagar una suma de dinero a título de pena, es decir, que de la comisión del daño surgía una obligación que relacionaba a las partes; el que dañaba se obligaba a pagar al dañado una suma de dinero a título de pena y éste podía exigir la pena a través de una actio del derecho civil: actio ex lege aquiliae."*¹⁰

Por su parte el Doctor Fernando de Trazegnies, nos dice lo siguiente: *"En el Derecho Romano no existe nada parecido a una categoría teórica que encierre y describa todo ese amplio territorio que ahora denominamos "responsabilidad civil".*

9 Quesada Sánchez. Antonio José, Noticias Jurídicas, <http://www.juridicas.com/areas/45-Derecho%20Civil/10-Art%EDculos/200106-4551019510121691.html>

10 Louzan Solimano, Nelly Dora, "Cómo aparece la Responsabilidad Contractual y Extracontractual en el Derecho Romano", <http://www.salvador.edu.ar/ua1-4-soli5.htm>

Es verdad que tampoco existe una demarcación teórica entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual; los romanos no parece que consideraron necesario distinguir sustantivamente entre ambas. La diferenciación fue establecida por los juristas romanos más bien por razones procesales no de fondo; la lex Aquilia solo otorgaba acción contra los daños que resultaban de hechos positivos; en consecuencia, dado que en materia contractual la mayor parte de veces los daños resultan de una omisión antes que de un hecho y no pudiendo en tal caso otorgar la actio in rem legis Aquillae, se concedía al acreedor una acción diferente nacida del contrato mismo. De esta manera se impuso una cierta separación entre la acción por daños y perjuicios contractual y la acción por daños y perjuicios extracontractual” 11

Un mejor entendimiento de la esencia y contenido de la responsabilidad civil, recién se presenta en forma clara a finales del siglo pasado. En la actualidad es frecuente que la doctrina jurídica trate el tema de la responsabilidad civil que surge del incumplimiento contractual en paralelo con el de la responsabilidad extracontractual. La idea básica es que en los dos casos ocurre el incumplimiento de un determinado deber jurídico correspondiente a una de las partes (deudor o autor), que perjudica al otro (acreedor o víctima).

Por tal razón se reconoce a la responsabilidad civil como una sola, pero dividida en dos grandes capítulos. Sin embargo no debe creerse que no existen diferencias fundamentales entre las mismas; en el caso de la responsabilidad contractual, existe un vínculo jurídico previo, mientras que la extracontractual da origen a ese vínculo, es decir, la fuente de la primera será la voluntad de los particulares, mientras que de la segunda lo será la Ley. Por otro lado, en el caso de la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato, se presumirá la culpa, a diferencia de la aquiliana en que por regla general se debe probar.

11 Fernando de Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual, Biblioteca para leer del Código Civil, Vol IV, Tomo II, PUCP fondo Editorial, 1988, p.441, 442.

Varios tratadistas, especialmente de la escuela francesa, han desarrollado una teoría mediante la cual, en mayor o menor grado, ha acercado la una con la otra, denominándose por ello, "Teoría de la Unidad de la Responsabilidad Civil". Esta se fundamenta en que en ambos casos, la responsabilidad civil provenga de donde provenga, es una fuente de obligaciones, defendiendo la identidad de elementos fundamentales en una y otra como la acción u omisión imputable al causante del daño y la relación de causalidad entre la conducta del responsable y el perjuicio de la víctima; y, finalmente, postula la accesoriedad de las restantes diferencias, manifestando que dichas distinciones no son lo suficientemente importantes como para darles a los dos tipos de responsabilidad una naturaleza diferente.

3. Funciones de la responsabilidad civil

Especialmente influenciada por la doctrina italiana, podemos citar las siguientes funciones:

- Reaccionar contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado.
- Retornar el *statu quo* ante el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio.
- Reafirmar el poder sancionatorio del Estado.
- Disuadir a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros.
- Distribución de las pérdidas.
- Asignación de costos.

En buena cuenta, estas funciones pueden reducirse a la siguiente afirmación: “la de reducir la suma de los costos de los accidentes y de los costos de evitarlos”¹². Dentro de los costos se distinguen los *costos primarios*, que son los que se asumen para reducir el número y gravedad de los accidentes; los *costos secundarios* (costos sociales) y los *costos terciarios* (administrativos). Así, la responsabilidad extracontractual tiene metas de compensación y metas de desincentivación, que pueden ser colectivas o específicas y generales o de mercado.

Igualmente se ha advertido estas funciones bajo dos interesantes enfoques¹³:

- a) *Microsistemático*, que permite verificar el modo de actuación de los distintos elementos de la figura, en relación con las específicas categorías de hechos ilícitos.
- b) *Macrosistemático*, que permite identificar la función de la responsabilidad civil en el modelo económico que se tome como referencia.

Podemos decir que en la doctrina nacional se distingue la perspectiva primera, donde la responsabilidad tiene un triple función: satisfactoria, de equivalencia y distributiva; al lado de la perspectiva sistémica o macroeconómica, en la que la responsabilidad civil cumple dos funciones: una de incentivación o desincentivación de actividades, y otra que es preventiva.

Para **ESPINOZA** las funciones satisfactorias, de equivalencia y distributiva no son otra cosa que tres maneras distintas de ver una misma función; así, si se quiere satisfacer a la víctima, la reparación será (en la medida de lo posible) *equivalente* al daño causado, lo cual originaría una *(re)distribución* de los costos del mismo. “Cuesta entender, manifiesta el jurista, la separación entre la función

¹² **CALABRESI**, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Traducción de **BISBAL**, Ariel, Barcelona, 1984, p. 44.

¹³ **FRANZONI**, *La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones*, en *Estudios de la Responsabilidad Civil*, traducción y edición al cuidado de **LEÓN HILARIO**, Ara, Lima, 2001, p. 196.

preventiva con la disuasiva o la incentivadora, cuando en realidad la primera se materializa, a través de estas”¹⁴. Así, las funciones de la responsabilidad civil deben ser vistas a partir de sus protagonistas:

- a) Con respecto a la víctima es satisfactiva.
- b) Con respecto al agresor es sancionadora.
- c) Con respecto a la sociedad es disuasiva o incentivadora de actividades.
- d) Común respecto a los anteriores es la función distributiva de costos de los daños ocasionados.

4. La Responsabilidad Civil en nuestro Código Civil

El actual Código Civil peruano mantiene las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual de un modo tradicional, sin embargo resulta interesante observar los antecedentes legislativos de esta figura en los ordenamientos anteriores.

3.1 En el Código de 1852

El legislador de 1852, de acuerdo a la tradición de la época, basó la determinación de la responsabilidad en el *principio de la culpa*, la que no se presume y debe ser probada, tanto en los contratos como en las obligaciones que nacen de delitos y cuasidelitos, aunque en algunos supuestos se aprecia una leve introducción a la objetivación de la responsabilidad.

En cuanto al daño extrapatrimonial, en forma muy incipiente y solo para el supuesto de injuria se estableció la posibilidad de solicitar indemnización: "En

¹⁴ ESPINOZA, *Derecho de la...*, Op. cit., p. 53-54.

caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria", según el art. 2022.

Con este breve numeral, se dió uno de los primeros pasos en la codificación civil peruana para introducir el *daño inmaterial*, siendo interesante lo relativo a la graduación de la indemnización en forma proporcional a la ofensa o daño sufrido, lo que le proporciona independencia respecto del daño patrimonial, pudiéndose calificar y cuantificar de manera aislada y autónoma a los daños materiales, en caso de coexistir éstos en el caso concreto.

3.2 En el Código de 1936

Este código, que se mantuvo dentro de la tradición de la *culpa*, aunque con algunas excepciones, no reguló el daño moral contractual (la jurisprudencia lo introdujo), pero tímidamente reconoció el daño moral extracontractual en el art. 1148: "al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima".

Por su novedad y forma de inclusión en la norma, inicialmente se interpretó como posible la satisfacción pecuniaria del daño moral solo cuando hubiera un daño material que reparar, concediéndosele, así, un carácter subsidiario.

En el supuesto específico de ruptura de esponsales también se contempló (art. 79), la indemnización por daños inmateriales, al referirse a los derechos inherentes a la personalidad del desposado perjudicado. Los esponsales crean en los desposados una obligación moral u no jurídica de celebrar matrimonio, por lo que no puede compelerse a ninguna de las partes al cumplimiento de dicho acuerdo. Sin embargo, el rompimiento de dicha promesa, en forma unilateral y sin justa causa, obliga a la parte culpable a reembolsar al otro o a terceros los gastos que hubiesen realizado de buena fe con motivo del matrimonio, solución que busca trasladar el daño patrimonial a quien lo ha producido, a pesar de que no resulta exigible cumplir la promesa matrimonial.

3.3 En el Código de 1984

El vigente código civil, que introdujo la *responsabilidad objetiva* para el caso del riesgo creado (bienes, actividades riesgosas y peligrosas) en la responsabilidad extracontractual, reconoce y regula el daño moral tanto en la esfera obligacional como en la extracontractual.

Responsabilidad por inejecución de obligaciones:

Art. 1322: El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Responsabilidad extracontractual:

Art. 1984: El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Art. 1985: La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora de 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.

Los derechos contenidos en el Título II, a que se refiere el Art. 17 del código civil, son el de igualdad entre varón y mujer (no discriminación) , a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, a la intimidad, a la imagen y la voz, al secreto y reserva de las comunicaciones, a los derechos de autor y de inventor.

Resulta evidente, por lo demás, que la violación de estos derechos, como el de los derechos fundamentales en general, además de las acciones (civiles o constitucionales) que pueden ejercerse a fin de evitarla o cesarla, supone la posibilidad de entablar una *acción indemnizatoria*, puesto que los supuestos para

su ejercicio se dan: antijuricidad, daño, relación causal y factor de atribución (la regla general es que el factor de atribución es subjetivo, y solo a modo de excepción será objetivo, por lo que dicha regla se mantiene, debiendo analizarse las circunstancias y los hechos de cada caso a fin de aplicársele el factor que corresponda).

Cabe mencionar que el Proyecto de la Comisión Reformadora, en el ámbito extracontractual, que fue el mas innovador, establecía que el daño moral solo debía indemnizarse en forma excepcional, concretamente en el caso de actos ilícitos, como los supuestos de difamación o trasgresión de la intimidad, excluyéndolo de los supuestos de responsabilidad por riesgo, pues el proyecto contemplaba el sometimiento de estos a casos a seguros, pero finalmente se reconoció en el Código Civil el daño moral sin limitaciones en la responsabilidad extracontractual, e incluyéndose, como novedad, en la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

En primer lugar, entonces, el Código Civil vigente entonces considera al contrato como una de las fuentes de las obligaciones, empero el incumplimiento contractual recibe tratamiento en el Libro previa al de las fuentes de las obligaciones, visto así, se prioriza en su tratamiento la diferencia de la fuente de la cual surge la obligación: contrato y daño causado al margen de una relación contractual.

En segundo lugar, otra diferencia entre las órbitas de la responsabilidad contractual y extracontractual dentro de la legislación peruana, radica en la ideología de la relación causal aplicable y, por ende el alcance de la reparación debida. En cuanto a la esfera contractual y por aplicación del segundo párrafo del artículo 1321 del citado cuerpo normativo en cuanto reza "Artículo 1321: Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable... El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío a defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean

consecuencia inmediata y directa de tal inexecución...”, puede advertirse que la misma adhiere a la teoría de la causa próxima.

Por el contrario, y para el supuesto de la responsabilidad extra-contractual, el Art. 1985 indica: "Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño", de ello se extrae un sustento causal distinto al supuesto analizado previamente, basado este último en la regla de la experiencia, según la cual se debe basar la determinación, en aquello que regularmente habría ocurrido según el orden y secuencia de los acontecimientos, opción la cual tiene mayor acogida tanto doctrinal, como legislativa y jurisprudencialmente.

En tercer lugar, una diferencia advertible entre ambos ámbitos, radica en los *factores de atribución de responsabilidad*. Mientras que en materia de responsabilidad contractual la culpa es el único factor de atribución previsto (art. 1321), en la opción aquiliana existen diversos factores como lo son: 1) el riesgo creado por el uso de bienes peligrosos o actividades riesgosas (art. 1970), la responsabilidad del dueño de un animal (art. 1979), por la ruina de un edificio (art. 1980); 2) la condición de dador de trabajo (art. 1981); 3) la condición de representante de incapaces (art. 1975 y 1976); 4) la equidad (Art. 1977), entre otras.

Todas ellas tienen su basamento en factores de atribución objetivos, lo cual reviste una gran similitud con las disposiciones de nuestro ordenamiento, el cual establece el deber de reparar no solo de quien cause el daño sino también en contra de quien se sirva de la cosa riesgosa, e incluso por hechos de terceros, como ser el caso de la responsabilidad por el hecho del dependiente.

En cuarto lugar, una diferencia radical entre ambos regímenes recae en la extensión del resarcimiento a partir de la aplicación del grado de culpa, en el caso de las obligaciones contractuales, probado el incumplimiento del deudor (a saber, la relación de causalidad) se presume la *culpa leve* (art. 1329.- Presunción de culpa leve. Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor), mas para el supuesto de invocarse dolo o culpa grave del incumplidor, el extremo debera ser probado por la víctima del suceso dañoso (artículo 1330.- Prueba de dolo y culpa inexcusable).

La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso), por ello es que la indemnización en el supuesto alcanzara a los danos previsibles al tiempo en que se contrajo la obligación (art. 1321 in fine, en estrecha relación con los temas precedentemente expuestos en cuanto a la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada), y solo si se acredita la culpa grave o dolo el deudor responderá de todas las consecuencias inmediatas y directas, previsibles o no (art. 1321, párrafo segundo).

A *contrario sensu*, en la esfera de la responsabilidad extracontractual, se presume el dolo o la culpa no existe restricción alguna de los daños indemnizables, conforme las disposiciones del Art. 1985, ello en consecuencia de la presunción del dolo o culpa grave del autor del comportamiento lesivo (Artículo 1969.- Indemnización por daño doloso y culposo. Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro esta obligado a indemnizarlo), según las diferencias que se pueden observar entre las disposiciones referidas al ordenamiento nacional y la legislación argentina.

El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor quedando en cabeza del mismo acreditar y demostrar que por su parte no hubo culpa ni dolo, a fin de desvirtuar o exonerarse del deber de reparar.

En quinto lugar, en coincidencia con la legislación argentina, otro contraste entre los diversos regimenes se encuentra en los plazos de prescripción, la cual opera a los dos años de sufrido el daño para el caso de la responsabilidad extracontractual: y de diez años para la contractual, lo cual se condice exactamente con la legislación de nuestro país, con la salvedad del régimen excepcional que rige el contrato de transporte, y según el cual, a pesar de tratarse de un supuesto de responsabilidad contractual, la prescripción liberatoria opera luego de un año de acaecido el evento dañoso, a tenor del ordenamiento civil argentino.

En sexto lugar, en cuanto a la prueba del daño, y conforme la regla del artículo 1331 ("Prueba de daños y perjuicios. La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"), al igual que en nuestro país, es carga del beneficiario de la indemnización demostrar el alcance del daño sufrido, lo cual reviste lógicamente una vital importancia, máxime si se tiene en cuenta que en el ámbito extracontractual siquiera existe un límite al reclamo, o mejor dicho, el reclamo no puede verse limitado en ninguno de los rubros pretendidos.

Empero, existen los supuestos en que la cuantía del daño sufrido es materialmente imposible de determinar, para dichos casos, rigen las disposiciones del Art. 1332.- Valorización equitativa del resarcimiento, que en su parte pertinente dice: "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su manto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa", a pesar de ello, dicha normativa es ampliamente aplicada por los tribunales de nuestro país herramienta de compensación, a fin de obtener un equilibrio, permitiendo al juez par nociones de equidad, adecuar las pretensiones que son sometidas a su jurisdicción.

5. El daño en la Responsabilidad civil

Cotidianamente, el término “daño” sirve para nominar situaciones negativas. Desde un enfoque jurídico el daño viene a ser una condición desfavorable para un sujeto de derecho que merece ser resarcida, siempre que el evento que la haya producido afecte una posición protegida por el ordenamiento, y cuando sea imputable a otro sujeto, según disposición legal; todo lo cual conforma el fenómeno de la responsabilidad civil¹⁵.

El daño entonces extingue del evento que lo genera.

El *evento*, como lo precisan la mayoría de estudiosos, pertenece al mundo de los hechos jurídicos: es una manifestación real, que contraviene un interés protegido por el derecho, un fenómeno físico, apto para impedir que dicho interés sea satisfecho.

En cambio, el *daño* es una “cualidad” de las situaciones que subsiguen al evento; no se identifica, entonces, con su antecedente fáctico: lo califica, más bien, en términos económicos. Según esta interpretación, el daño no sería simplemente la situación en la que encuentra quien sufre un acto ilícito ajeno: la pobreza, la cosa dañada o destruida, el recurso a otros medios para satisfacer la necesidad que se podría cubrir en la situación jurídica protegida, etc.

Más precisamente, el daño consiste en una valoración en términos económicos de la situación, nueva y desfavorable, propiciada por el evento; situación que impone al damnificado decidir si sobrelleva el estado de hecho (y mantiene vida su necesidad), o sí actúa para erradicarlo. En la hipótesis de la destrucción de un bien material, por ejemplo, el damnificado se ve forzado a tener que decidir si las cosas quedan tal como están, o si adquieren otro objeto que se adapte, equivalentemente a sus exigencias.

¹⁵ LEYSER LEÓN, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, Normas Legales*, Trujillo, 2004, p. 105.

Una atenta reflexión permitirá sostener que nadie “ve” los daños. Existen, eso sí, huellas que permiten deducirlos, pero no comprometen la naturaleza abstracta de los daños. Una cosa que no ocupa más el espacio que tenía precedentemente, por ejemplo, o una persona que fallece en un accidente de tránsito, o un objeto deteriorado que deja de funcionar, o que no sirve como antes, y no que reporta la misma utilidad acostumbrada, o las lesiones físicas, verificables mediante el examen médico de las víctimas de la caída de un edificio viejo, como aquellos que, desde hace tiempo, amenazan con desplomarse.

En realidad estos no son los daños que el derecho contrarresta, sino sus indicios. En el último de los casos enunciados, los daños tienen que ver no con las lesiones, sino nítidamente, con las cuentas de los hospitales, y en el jornal que los afectados dejan de percibir a causa del infortunio, si se vieran forzados a inasistir, por algún tiempo, a sus centros de trabajo.

Estas breves nociones sirven, en palabras del autor, para subrayar una incorrección inicial en la expresión “daño existencial”¹⁶, tan en boga en la doctrina italiana.

Al margen del inusual adjetivo, lo que se quiere etiquetar es un menoscabo de la existencia: un daño a la hipotética esfera existencial que toda persona posee. Pero si el daño como se ha señalado líneas arriba tiene poco que ver con algo tan objetivo como las lesiones físicas en sí mismas (pues aquel comporta un ejercicio de valoración económica), mucho menos puede (ni tiene por qué) ser asociado con un concepto tan volátil como la “dimensión existencial” del ser humano. Acaso por esta razón, los defensores de la categoría prefieren hablar de “reflejos negativos”, en vez de detrimento propiamente dicho¹⁷.

6. Elementos constitutivos

¹⁶ “Cuando abordan el tema del daño existencial, los juristas siguen haciendo referencia a las situaciones derivadas de un actuar ajeno imputable. La peculiaridad radica en el sutil ámbito de verificación de esta especie, que estaría constituido por una intangible faz humana de relacionalidad, de contacto constante con el mundo exterior, común a toda persona, como ser social, y en cuanto tal, según un dictamen aristotélico hartamente famoso”: *Ibidem*, p. 107.

¹⁷ *Ibidem*, p. 106.

En cuanto a los elementos constitutivos de la responsabilidad civil hay que hacer la salvedad que a la fecha existe, a nivel de la doctrina, dos posiciones para abordarlas: desde un punto de vista diferenciado, o, desde un punto de vista unificado. Ambos lados con fundadas razones.

Entre los primeros contamos a **LEYSSER LEÓN**, para quien las distinciones no son sólo de fondo (responsabilidad contractual y extracontractual) sino que, en nuestro sistema, incluyen diferencias normativas¹⁸, entre las cuales podemos mencionar:

- El plazo de prescripción es de diez años para el incumplimiento de obligaciones y de dos años para la responsabilidad extracontractual (art. 2001, 1 y 4).
- En cuanto a la prueba existen una presunción de aquel que el incumplimiento se debe a la culpa leve del deudor (art. 1329); el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados (art. 1330), mientras que en la responsabilidad extracontractual, el descargo por falta de dolo o de culpa corresponde a su autor (art. 1969).
- En el incumplimiento se resarcen, como regla general, los daños que sean su consecuencia inmediata y directa, y si media culpa leve el daño que podía preverse al tiempo en que se estableció la relación obligatoria (art. 1321). En la responsabilidad extracontractual, el resarcimiento comprende los daños que puedan enlazarse con el acto ilícito, de conformidad con los criterios de la causalidad jurídica, los cuales, por desición del legislador, son los de la teoría de la “causalida adecuada” (art. 1985).
- En el incumplimiento el resarcimiento, comprende el daño emergente, el lucro cesante y daño moral (art. 1321 y 1322). En la responsabilidad

¹⁸ *Ibidem*, p. 17- 18.

extracontractual se añade a dichos conceptos el de “daño a la persona” (art. 1985).

- En el incumplimiento los intereses se devengan si media constitución en mora del deudor. En la responsabilidad extracontractual, el monto de la indemnización devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño (art. 1985).

Entre los que divulgan la unificación se encuentra el maestro **TABOADA CÓRDOVA**, tempranamente desaparecido, de quien nos servimos para señalar los elementos comunes de la responsabilidad¹⁹.

6.1 La antijuricidad

Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho que una conducta es antijurídica no sólo cuando contravie una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. Esto ha llevado a la doctrina a señalar que en el ámbito de la responsabilidad civil no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que pueden causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas, en cuanto previstas en abstracto en supuestos de hecho normativos, y atípicas, en cuanto a pesar de no estar regulados en esquemas legales, la producción de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, este concepto de la antijuricidad, en el sentido de antijuricidad genérica, no se acepta sino en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto en el lado contractual se acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, defectuoso, tardío o moroso.

¹⁹ *Elementos de la responsabilidad civil*, 2da edición, Grijley, Lima, 2003, p. 32- 37.

Esto significa en consecuencia, que en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente.

La antijuricidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el Art. 1321 del Código Civil, mientras que la antijuricidad atípica, es decir, antijuricidad en sentido amplio y material (no formal), fluye de los arts. 1969 y 1970 del mismo código, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionar o causar; entendiéndose que cualquier conducta que cause un daño, con tal que sea ilícita, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización.

Esto es evidente, por cuanto en el ámbito contractual, al estar tipificada y predeterminada las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o relativamente una obligación, en el ámbito extracontractual por el contrario al no estar predeterminadas dichas conductas, debe entenderse que cualquier conducta será susceptible de dar lugar a una responsabilidad civil, en la medida que se trate de una conducta ilícita que cause un daño.

6.2 El daño causado

El segundo aspecto fundamental de la responsabilidad civil en términos genéricos es el daño causado, siendo éste el aspecto fundamental, no único, de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, pues se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil. Tan importantes es este aspecto del daño producido, que hay quienes han preferido denominar con mucho acierto la responsabilidad civil como “*derecho de daños*”.

Pues bien, en sentido amplio, se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en sentido formal y técnico de la expresión. No se debe olvidar que el hombre es un ser social, que se vincula en su vida de relación social con otros hombres para la satisfacción de sus múltiples necesidades de carácter también social, y que en cuanto dichas necesidades o intereses son protegidos por el ordenamiento jurídico se elevan a la categoría de derecho subjetivos.

Una concepción meramente formal de los derechos subjetivos, no nos permite comprender el problema de los derechos en su esencia social, y tampoco nos permitirá entender que la responsabilidad civil, antes que todo, es un sistema de solución de conflictos sociales, de conflictos o problemas entre individuos que se desenvuelven en un determinado ambiente social, en un momento histórico y político determinado. Una vez delimitado en términos amplios el concepto del daño y habiendo hecho énfasis en el aspecto social de los derecho subjetivos, puede bien decirse que el daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el derecho ha considerado merecedores de la tutela legal.

Ahora bien, respecto del daño existe unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: *patrimonial* y *extrapatrimonial*. Respecto del daño patrimonial se sabe que es de dos clases: el *daño emergente*, es decir, la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, y el *lucro cesante*, entendido como la ganancia dejada de percibir. En lo concerniente al daño extrapatrimonial nuestro Código Civil se refiere al *daño moral* y al *daño a la persona*, existiendo en la doctrina moderna una tendencia cada vez más fuerte a hablar únicamente del daño a la persona. Por ejemplo, **ZÚÑIGA LUEY**, citado por **VARSI ROSPOGLIOSI** en un artículo titulado, *RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL CONTAGIO DE VIH y OTROS DAÑOS MÉDICOS* señala que Una transfusión de sangre es una actividad riesgosa, por lo que el daño ocasionado como

consecuencia de la misma implicará la responsabilidad objetiva de quien la realiza²⁰.

Evidentemente, ambas categorías del daño patrimonial y extrapatrimonial están referidas tanto a la responsabilidad civil contractual como extracontractual. En cuanto a las diferencias de matiz de regulación legal, el sistema jurídico nacional, en lo que respecta al campo extracontractual, ha consagrado legalmente en el art. 1985 el criterio de reparación integral de los daños, a diferencia del ámbito contractual, en el cual sólo se reparan o indemnizan únicamente los daños directos, según lo dispone el mismo artículo 1321.

6.3 La relación de causalidad

En lo relativo a la *relación de causalidad*, la misma es un requisito de toda la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ningún de ninguna clase. La diferencia de regulación legal en nuestro Código radica que en el campo extracontractual se ha consagrado en el mismo art. 1985 la *teoría de la causa adecuada*, mientras que en el contractual en el mismo art. 1321 la teoría de la causa inmediata y directa. Sin embargo, para efectos prácticos, las dos teorías nos llevan al mismo resultado. Más aún, en ambas clases de responsabilidad civil existen las figuras de la *concausa* y la *fractura causal*, que se presentan cuando dos conductas o acontecimientos contribuyen a la producción del daño, o cuando existe un conflicto de causas o conductas, una de las cuales llega a producir efectivamente el daño, haciendo imposible que la otra hubiera llegado a producirlo. A la conducta que sí ha producido el daño efectivamente, fracturando el eventual nexo de causalidad de la otra conducta, se le llama justamente *fractura causal*. Las fracturas causales en el ámbito extracontractual son cuatro: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero.

²⁰ Diálogo con la jurisprudencia, Gaceta Jurídica, 2007, p. 172.

6.4 Factores de atribución

Finalmente, tenemos que referirnos, muy brevemente, a los factores de atribución, que son aquellos que determinan finalmente la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se ha presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos antes mencionados de la antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad. En materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la *culpa*, mientras que en el campo extracontractual, de acuerdo al código actual son dos los factores de atribución: la *culpa* y el *riesgo creado*. En el campo contractual la culpa se clasifica en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo, mientras que en el lado extracontractual se habla únicamente de culpa y también de riesgo creado.

Estos dos factores de atribución se encuentran consagrados independientemente en los arts. 1969 y 1970 respectivamente. Aun cuando debe destarse que al haber invertido la carga de la prueba en el art. 1969, se ha llegado a objetivar el sistema subjetivo de la responsabilidad civil por culpa, en el ámbito extracontractual.

No obstante lo cual, debe destarse la bondad del Código Civil peruano al haberse consagrado en el art. 1970 el sistema objetivo basado en la idea del riesgo, como factor de atribución distinto, pero coexistente con el factor subjetivo de la culpa.

La diferencia entre ambos factores de atribución es evidente, y apunta principalmente a que en el sistema subjetivo el autor de una conducta antijurídica que ha causado un daño, debe responder únicamente si ha actuado con culpa, entiéndase dolo o culpa, mientras que en el sistema objetivo del riesgo, además de las tres condiciones lógicamente necesarias, sólo se debe probar fehacientemente que la conducta que ha causado el daño es una peligrosa o riesgosa, sin necesidad de acreditar ninguna culpabilidad.

En esta línea de pensamiento, es autorizada la opinión del maestro colombiano Jairo López Morales, cuando indica que, con los avances de la tecnología, el progreso de la vida moderna, las grandes empresas, con actividades cada vez más diversas y complejas que han creado y aumentado las posibilidades de producir daños, como reacción a esa responsabilidad tradicional, que se fundamenta en el criterio subjetivo, en la concepción clásica de la culpabilidad, y con la tendencia siempre creciente de humanizar el derecho, de socializar los riesgos, se le ha enfrentado la tesis de la responsabilidad objetiva, que prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad, no para sustituir la primera totalmente sino para integrarse o complementarse, actuando cada una de ellas en áreas debidamente delimitadas²¹.

7. La Responsabilidad Extracontractual

1. Dinamización del derecho :

Uno de los mitos mas amados por los juristas consiste en creer que las instituciones jurídicas son eternas, que no tienen comienzo ni fin, porque son contemporáneas de la humanidad: comenzaron con el primer hombre y terminaran con el último.

Desde este punto de vista, algunos han pretendido la responsabilidad extracontractual, como la familia, la propiedad, el contrato – existe desde el comienzo de los tiempos. Otros han sostenido que la antigua Roma fue el primer pueblo civilizado, que comprendió las verdades intemporales del Derecho Natural que los inciviles antecesores no habían logrado entender, y por ello fueron los romanos quienes explicitaron las bases universales de todas nuestras instituciones jurídicas, incluida la responsabilidad extracontractual.

²¹ LÓPEZ MORALES, Jairo. *Op. Cit.*, p. 05.

2. Derecho e Historia.

Nuestra tesis consiste en afirmar, por el contrario, que la responsabilidad extracontractual es básicamente una institución moderna – es decir, una desarrollada durante los últimos 300 años – porque es una solución nueva para un problema viejo. El cronista Juan Matienzo, cuando quiso en 1567 describir las llamas de ese Perú descubierto pocas décadas antes, no encontró mejor forma de hacerlo que considerándolas ovejas: “Llaman los naturales a las ovejas, llamas....Su talle, es del tamaño de los asnillos, crecido de piernas y anchos de barriga, tira su pescuezo y talle a camello. Las cabezas son largas...”, pero, a pesar de todas esas diferencias no son sino ovejas de Castilla de “características especiales” 22. En Derecho hay muchas llamas que pasan por ovejas romanas.

3. El tratamiento social de los daños:

El problema que afronta la responsabilidad extracontractual es el relativo al tratamiento social de los daños que los hombres se inflingen unos a otros. Pero las respuestas han variado notablemente a lo largo de la historia.

Originalmente este problema se resolvía a través de la venganza privada. Sin embargo, difícilmente podemos decir que ese es el antecedente de la moderna y sofisticada responsabilidad extracontractual. En todo caso, podría ser el antecedente remoto de todo el Derecho; o quizá mejor, la venganza privada es probablemente el estado social al anterior a la existencia del derecho. Mas tarde la venganza es organizada por el grupo y así resulta monopolizada por la autoridad social.

El Derecho Romano, por ejemplo, ya no es una mera canalización de la venganza ni el nudo ejercicio de la autoridad por aquel que gobierna sino que es un “sistema”, una organización de los intereses y actividades de los

22 Juan de Martienzo: Gobierno del Perú. Institut Francais d’Edutes Andines. París Lima. 1967. p. 89

hombres en el seno de la sociedad, que establece derechos y obligaciones recíprocos.

4. La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Romano:

Sin embargo, el Derecho Romano tampoco conoció propiamente una teoría de la responsabilidad extracontractual.

Nos dicen los hermanos MAZEUD que los romanos no tuvieron un principio general aplicable a lo que ahora llamamos responsabilidad extracontractual. No hay un solo texto de naturaleza general y principista; los juristas latinos se limitaron simplemente a conceder indemnizaciones en ciertos casos específicos²³) El primer reconocimiento del área como tal que los MAZEUD califican de ensayo de generalización, pero hacen la salvedad que no es todavía un esfuerzo de abstracción teórica – es la *lex Aquilia*. Esta norma es fundamentalmente una base de protección de la vida y de la propiedad a través de la concesión de una indemnización para ciertos casos específicos en que estos derechos resultan afectados; pero aunque ya se trata de un texto normativo sobre el tema, todavía no se formula como una institución sino que las normas de la *legis Aquiliae* se encuentran limitadas a situaciones absolutamente particulares.

Sandro SCHIPANI, en su libro extraordinariamente minucioso y preciso²⁴ y en un artículo reciente²⁵, es quizá quien más extensamente ha tratado el tema. Y desde el inicio nos advierte que, si bien la Escuela Pandectista alemana del siglo pasado señala sin ninguna duda que la responsabilidad es *lege Aquilia*

²³ Henri León Mazeaud y Andre Tunc: *Traire Theorique et pratique de la Responsabilite Civile Delictuelle et Contractuelle*. 6a ed. T.I Editions Montcherestein. Paris. 1965. Nº 22-6 pp. 34-36.

²⁴ Sandro Schipani: *Responsabiliza "ex lege Aquila"*. Criterio di imputazione e problema de la "culpa". Universita di Torino. G. Giappichelli (U.S.A.), 1983. p. 150.

²⁵ Sandro Schipani: *Diritto Romano e attuali esigenze della responsabilita civile: pluralita di prospettive e ruolo della "culpa" como criterio elaborato dalla scienza del diritto nell interpretazione dalla "lex Aquila"* en *Sturdia Iuridica XII/1985*.

en el Derecho Romano se aplicaba en base al criterio de culpa (entendida con negligencia), esa interpretación es sospechosa: es una forma de leer las fuentes antiguas que responde al uso moderno que los juristas alemanes del S.XIX querían dar al Derecho Romano. En realidad, las cosas son bastante más complicadas y deben ser apreciadas en su evolución histórica en el transcurso del desarrollo del Derecho Romano.

5. La Responsabilidad Extracontractual en el Antiguo Derecho Anglosajon:

En el mundo del Derecho Anglosajon, los autores reconocen que la responsabilidad extracontractual comienza recién y de manera muy incipiente en el S. XIII, con el recurso de denominado trespass (del latín, transgressio), que era un remedio contra daños directos y físicos a personas o propiedades.

Es probable que este derecho a reparar tal tipo de daño estuviera basado remotamente en al lege Aquilia. Recordemos la lex Aquilia tampoco protegía los daño resultantes de cualquier conducta sino “solo de aquella que ocasiona el evento a través de un contacto inmediato, físico y violento, entre el sujeto agente y el sujeto pasivo.

De otro lado en Inglaterra como en Roma, según se ha visto – no hay una preocupación teórica sobre la materia y lo que ahora llamamos responsabilidad extracontractual se desarrolla en función de casos específicos. Para accionar judicialmente el demandante tenía que comprar una suerte de formulario o recurso (Writ); y solo se vendían recursos específicos.

que la alegación de que no había existido “culpa” en el demandado comienza a adquirir la fuerza de una defensa²⁶.

26 Vid. Anche Tunc: La Responsabilite Civile. Economica. Paris. 1981. Nos. 65-70. pp. 56-59

8. La Responsabilidad extracontractual en el Perú

Como hemos visto en apartado anterior, el Código Civil de 1852. El codificador de 1852 adoptó el principio de la culpa como base para la determinación de la responsabilidad, de acuerdo a la tradición de la época.

De la misma manera como el Code Napoléon, en el cual se inspira, el Código Civil peruano de 1852 coloca la materia bajo el título “Obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos”, marcando de esta forma el carácter de hecho ilícito del acto que produce el daño resarcible y la necesidad de la presencia del dolo o de la culpa para configurarlo.

Esta culpa debe ser demostrada por el demandante en la generalizada de los casos. Sin embargo, existen algunas situaciones en las que ya se admite una inversión de la carga de la prueba. Este es el caso de la responsabilidad de los padres, guardadores, maestros y en general, personas que tengan a alguien bajo cuidado, los daños que cometan los hijos, las personas sujetas a la guarda, los alumnos y en general, aquellos sujetos al cuidado de ellas, respectivamente: si bien esas personas responden de primera intención, están justificando que no pudieron impedir el hecho que causó el daño (art. 2194).

Cabe señalar que en este último caso la responsabilidad es más estricta: no se libera al dueño del animal si este no se hubiera extraviado, aunque pruebe que no podía hacer nada para impedir el daño. En el fondo aquí hay un atisbo de la teoría del riesgo creado que no estaba presente en su antecedente francés. En el Code Napoléon – cuando menos según la interpretación primigenia, que actúa a sido variada por los tribunales franceses hasta casi transformar esta responsabilidad en objetiva, el propietario era el responsable, ya sea que el animal estuviera bajo su custodia o que se hubiese escapado o perdido; pero tal propietario podía probar también su ausencia de culpa en ambos casos²⁷.

27 Henri y León Mazeud: *traite Theorique et Practique de la Responsabilite Civile Delictuelle et Contractuelle* T.II 6a ed. Editions Montchrestien. Paris 1970. Nos. 1072-3, p. 143

En cambio el Código Civil Peruano de 1852 le quita posibilidad de liberarse mediante la argumentación subjetivista si el animal no se ha perdido ni extraviado.

El Código Civil de 1936. El legislador del Código Civil de 1936 se mantuvo dentro de la tradición de la culpa, con algunas excepciones para las que acogió tímidamente la teoría objetiva.

Juan José CALLE apoyo la introducción del principio de responsabilidad objetiva propuesta por OLAECHEA y en un memorando, presentado a la Comisión Reformadora, manifestó su opinión en el sentido de que no solo los actos ilícitos podían dar nacimiento a la obligación de reparar sino también algunos actos que, siendo lícitos, debían dar lugar al resarcimiento en el caso de que causara el daño, debiendo a su carácter riesgoso. Por este motivo, propuso que en el nuevo Código se mantuviera el tenor del artículo 2191 del código civil de 1852, pero que se le infundiera una nueva interpretación: la palabra “hechos” debía ser atendida en sentido objetivo. Termina su Memorando manifestó de manera expresa su concordancia con OLAECHEA²⁸

Las discusiones que precedieron a la dación del Código de 1936 y este giro final de la redacción del articulado han llevado a Manuel A. VASQUEZ de VELASCO a resumir la época, desde una posición subjetivista, en los siguientes términos: “ La reforma del Código de 1852 se hizo en un momento de desconcierto del ambiente forense, agitado por las nuevas teorías de la responsabilidad sin culpa y de la responsabilidad por riesgo, genérica la primera, específica la segunda y revolucionarias y pugnases ambas. Se impugnaban la teoría subjetiva de la responsabilidad, basada en el libre albedrío, la imputabilidad de los actos y la culpa arguyendo que estaba informada por un “individualismo caduco”, era insuficiente para regular todos los casos con equidad y carecía de emoción social. Y que se había ya

²⁸ Código Civil del Perú. Anotado por el Dr. Juan José Calle. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1928. p. 712.

introducido en la legislación del trabajo la teoría del riesgo, que aportaba una nueva tendencia, una tendencia objetiva, cuya aparición en el campo del Derecho no se podía dejar de acusar²⁹.

Es interesante mencionar que en esa misma época se solicitó una opinión sobre el principio de responsabilidad extracontractual del Código Civil Peruano a Henri MAZEAUD, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París. MAZEAUD manifestó que “Los artículos 1136 a 1149 han consagrado a la responsabilidad delictual y cuasi delictuosa, constituyen un mejoramiento sensible relativamente al Código Napoleón; pero sin aportar en estas modificaciones profundas” ya que “en sus grandes líneas, el nuevo Código Civil Peruano se conserva dentro de los principios tradicionales. Y si se le pudiera reprochar una insuficiente precisión de lenguaje, el Código se mantiene dentro de la tesis de la responsabilidad a base de la culpa (culpa voluntaria, o culpa de imprevisión o negligencia).

Termina con la conclusión de que, en definitiva “las disposiciones del Código Civil Peruano de 1936 relativamente a la responsabilidad extracontractual, aun cuando más completas que las del Código de Napoleón, presentan todavía algunas lagunas”. ³⁰

No podemos dejar de mencionar al Ilustre Maestro: José LEON BARANDIARAN, en sus comentarios al Código Civil Peruano publicados en 1953, asume también una orientación subjetivista, con alguna concesión a la teoría del riesgo; “Se puede decir firmemente, que la idea de la culpa sigue siendo la idea capital de la responsabilidad civil dentro de nuestro Código. El

²⁹ Manuel A. Vásquez de Velasco: La Responsabilidad Civil Extracontractual Revista del Foro Lima, Diciembre de 1953.

³⁰ Henri Mazeaud: Iniciativas y opiniones sobre reformas en la legislación. Opinión del profesor.

Henri Mazeaud sobre la sugerencia de reformar los dispositivos del Código Civil que se refiere a la Responsabilidad extracontractual. Traducción del doctor Ismael Bielich Flores. Lima.

principio del riesgo y de la culpa objetiva intervienen, pero solo en determinados casos” 31.

Cabe destacar que cuando el doctor León Barandiaran se refiere a la “culpa objetiva” no lo hace en el sentido de la mayor parte de los juristas como una culpa “estandarizada” o in abstracto; sino más bien, como así equivalente a la responsabilidad objetiva. Pero independientemente de esta cuestión terminológica, lo importante estriba que este jurista basa también el sistema del código en la culpa.

9. La Moderna Responsabilidad Extracontractual:

Ni en Roma ni en el Antiguo Derecho Anglosajón desarrollaron la responsabilidad extracontractual y no prestaron tampoco importancia excesiva al principio de la culpa, ¿De dónde y en qué época nace esa responsabilidad extracontractual subjetivista? Que tan presente está en los Códigos del siglo XIX, bajo la influencia de las ideas individualistas y liberales.

Dentro de los órdenes jurídicos de tradición romista, la responsabilidad extracontractual sigue una evolución familiar.

GUARINO nos dice que la aparición del Dammi inuria dati, inicia aquella evolución –todavía no plenamente completa en el Derecho Justiniano– que llevará a los ordenamientos jurídicos modernos a considerar que la responsabilidad civil se presenta esencialmente cuando un sujeto realiza un acto que determina un daño económico para otro sujeto: de lo cual se sigue la obligación de dañarte al resarcir al daño por un importe equivalente al perjuicio económico sufrido. 32

31 José León Barandiaran: Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones) T.I. Acto Jurídico. Ediar. Soc. Anon. Editores Buenos Aires, 1954. p. 396.

32 Antonio Guarino; Diritto Privato Romano. 7ma ed. Editore Jovene Naponi. 1984. Nº 97. I.pp. 876-877..

Posición del Actual Código Civil Peruano respecto a las Teorías de Responsabilidad Civil:

El C.C. Peruano recoge en ambos campos de responsabilidad de Teoría Subjetiva basada en la culpa, aunque con algunos matices.

En la responsabilidad contractual el carácter subjetivo se desprende inmediatamente del texto de sus artículos 1314, 1317 y 1321. El deudor sólo es responsable y queda obligado a indemnizar si media culpa (culpa leve, inexcusable o dolo). Sin embargo, cabe la posibilidad de objetivizar la responsabilidad si se prevé expresamente en el título de la obligación (ejm. El contrato) o en la ley.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, el código civil recoge en el artículo 1969 la Teoría Subjetivista, basado en la Teoría de la Culpa (aunque cabe advertir la inversión de la carga de la prueba). Sin embargo, en el artículo 1970 recoge a su vez la Teoría Objetiva³³ y los artículos 1987 y 1988 enuncian fehacientemente la posibilidad de admitir también la Teoría de la Difusión del Riesgo.

En síntesis, en la sección de responsabilidad extracontractual se muestra a una mixtura compleja de las Teorías de la Responsabilidad Civil, cuya armonización corresponderá a la Doctrina y a la Jurisprudencia.

Como vemos, la puerta de entrada principal en ambos recintos en la Teoría de la Culpa. Sin embargo, cabe observar que está permitido el acceso por otras teorías y más matizadas y vigorosas en el área de la responsabilidad extracontractual que en la contractual.

³³ Trazeonies, Fernando. Para leer el Código Civil. 2da Edición. Lima, Fondo Editorial WC. 1984 (pp. 221-226)

Teoría de la Responsabilidad Civil Extracontractual

Surge en Doctrina una pregunta lógica: *¿Por qué la ley lo hace responsable a alguien concretamente determinado, cuando se causa un daño en los bienes jurídicos de determinada persona?*

Para responder a esta pregunta se han formulado tres teorías: **A)** Teoría Subjetiva. **B)** Teoría Objetiva. **C)** Y la llamada Teoría del Riesgo

A) Teoría Subjetiva:

Tal como lo prescribe el artículo 1969, la Responsabilidad Extracontractual en este artículo se basa en la Teoría Subjetiva en donde se atribuye responsabilidad subjetiva a aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro estando en la obligación de indemnizarlo; en este artículo observamos que los factores de atribución son el dolo y la culpa.

a) El Dolo:

¿Qué es el Dolo?

La noción dolo coincide “con la voluntad del sujeto de causar el daño³⁴. En materia penal, se diferencia:

- **Dolo Directo.-** El sujeto actúa para provocar el daño. El dolo relevante para los efectos de la responsabilidad extracontractual, se identifica con la noción penal del dolo genérico, pues prescinde de elementos específicos de internacionalidad o fraude, concretándose en la voluntad de ocasionar el daño.
- **Dolo Eventual.-** Aquí no se actúa para dañar, sino que el sujeto obra aunque se represente la posibilidad de un resultado dañoso, que no descarta, como cuando

³⁴ Scogna Miglio, Op. Cit. 640; también se define al dolo como “la previsión y voluntad del daño por parte del agente, como consecuencia del propio”.

para ganar una carrera automovilística continúa su marcha a pesar de hallar en su camino a una persona que puede herir con su vehículo y afronta el riesgo de así hacerlo.

b) La Culpa:

La culpa debe ser entendida como una ruptura o contravención a un estándar de conducta. Para un sector de la doctrina italiana, la culpa “No debe ser entendida como un juicio de reproche subjetivo del comportamiento (y por consiguiente del examen del comportamiento psicológico del agente y de sus dotes personales de inteligencia y prudencia), sino como la relación entre el comportamiento dañino y aquel requerido por el ordenamiento, en las mismas circunstancias concretas, con el fin de evitar la lesión de intereses ajenos.

Se debe abandonar la concepción psicológica y moralista de la culpa, heredera de la noción religiosa del pecado y abordar un concepto que no se limite a “la trasgresión de una norma o de un deber jurídico”, sino que sea el fiel reflejo de la conciencia social”.

Desde otra perspectiva, se entiende por culpa, la creación de un riesgo injustificado y para evaluar si ese riesgo sea justificado o no, se necesitará confrontarlo con la utilidad social de la actividad a la cual éste se refiere, teniendo en cuenta el costo de la remoción de éste: cuando más grande son la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo justificado,

Clases de Culpa:

- **Culpa Objetiva.-** Es la culpa por violación de las leyes; también se le llama culpa in abstracto, la cual se opone a la culpa in concreto o subjetiva.

Apreciar la culpa in abstracto es preguntarse, lo que habría hecho otra persona en la misma circunstancia, proceder por comparación con la conducta de un tipo abstracto. 35

La culpa objetiva no debe ser confundida con la responsabilidad objetiva, esta última es ajena al concepto de culpa.

La culpa objetiva se basa en parámetros determinados por la ley (es por ello que recibe dicha calificación). En efecto, una cosa es exigir la responsabilidad del autor de un daño, negando todo examen de su conducta (teoría del riesgo), y otra cosa es no declararlo responsable sino en los casos en que otra persona habría obrado de manera distinta (aparición de la culpa in abstracto) 36.

- **Culpa Subjetiva.-** Es aquella que se basa en las “características personales del agente” llamada también culpa in concreto. Este tipo de culpa innovó a la imprudencia (el sujeto hace menos de lo que debe. 37

Como se puede apreciar la Teoría Subjetiva, heredera moderna de las reflexiones medievales sobre el pecado, ofreció desde el primer momento muchas dificultades.

35 H. L. y J. Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen II. La Responsabilidad Civil. Los Cuasicontratos, traducido por ALCALA – ZAMORA y CASTILLO. Ediciones Jurídicas. Europa – América, Buenos Aires. 1960, 113.

36 H. L. y J. Mazeaud, Op. Cit. 114.

37 A. A. Alterin I. Responsabilidad Civil. Tercera Edición. Abelido – Perrot, Buenos Aires, 1987, 95. El autor agrega que en la negligencia hay de parte del sujeto una omisión de cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso. En la imprudencia en cambio, el sujeto obra precipitadamente o sin prever íntegramente las consecuencias en los que podía desembocar su acción, de por ser irreflexiva (cit. 94)

En términos rigurosos, se es culpable subjetivamente cuando no se han adoptado las medidas que estaban al alcance del sujeto para evitar el daño. En este sentido moral de la responsabilidad si el daño no podía ser evitado por ese individuo en particular en esas circunstancias determinadas, no hay normalmente culpa.

Algunos autores alemanes, en un prurito de rigor y de escrúpulos pretendiendo trasladar al Derecho este concepto de culpa derivado de la moral, absolutamente subjetivo y casuístico – BRODMAN sostuvo que “para haber tenido la obligación de evitar un daño, hay que haber tenido también la posibilidad de evitarlo.

Pero el deber de un individuo está en proporción a su inteligencia.

A nadie puede pedírsele que sea más que listo de lo que Dios lo ha hecho³⁸.

La evaluación de la culpa moral requiere un espíritu de finesse que excede la capacidad de investigación del Derecho y o vuelve inoperante.

B. Teoría Objetiva

Las definiciones de la Teoría Subjetiva determinaron que con el transcurso del tiempo y evolución del derecho prosperará una nueva teoría tendiente a objetivizar la irresponsabilidad. La objetivización de la responsabilidad se estableció en base a dos caminos: uno más tímido, más tradicional; otro más osado, pero también más espinazo.

El primer camino trató de mantener la fidelidad al principio de la culpa. Ya hemos visto como este principio había sufrido primero una objetivación casi inmediata, al establecer el

³⁸ Cit. P. Henri y León Mazeaud y Andre Tunc: *traite theorique el pratique de la Responsabilite Civile Delictuelle* T. I 6a ed. Editores Montcherestien. París. 1965 N° 419, p. 491.

patrón objetivo del hombre razonable, podríamos hablar así de una “culpa objetiva”.

Antes las nuevas dificultades se da un paso más allá y se establece que la carga de la prueba corresponde a quien pretende librarse de la responsabilidad: es este quien debe acreditar que obró sin culpa. Así esta área del derecho crea una grave excepción al principio que sostiene que el demandante quien deba probar lo que afirma. La Teoría Subjetiva clásica establecía que la víctima debía probar su existencia del daño y además la culpa del causante que justificaba que se trasladara las consecuencias económicas de tal daño. 39

En cambio, a partir de la inversión de la carga de tal prueba, la víctima se limita a probar el daño y el hecho que una determinada persona fue causante del mismo; y es el causante quien debe probar la ausencia de culpa si quiere evitar el pago de una indemnización. Nótese como la inversión de la carga de la prueba funciona como una presunción iuris tantum generalizada de culpa: todo causante es, de primera intención, culpable.

El segundo camino adoptó una dirección parecida, pero intentó formularla como un nuevo principio de responsabilidad. Esta nueva formulación del principio de responsabilidad a los hechos del caso (al anexo causal) sin que sea necesario preguntarse por la paternidad moral, la culpa, del daño.

La discusión sobre la culpa no requiere ya ser planteada por el demandante (como en la formulación clásica del principio subjetivista) ni tampoco puede ser alegada por el demandante para librarse de responsabilidad (como sucedía en la inversión

39 Manuel Augusto OLACHEA: El Problema de la Responsabilidad Extracontractual en el Nuevo Código Civil. Lima.

de la carga de la prueba); demostrando el daño el causante queda obligado a repararlo.

- **Dificultades de la responsabilidad objetiva:** sin embargo las responsabilidades objetivas no resolvieron de manera adecuada el problema moral y filosófico de explicar la razón o la justificación por la que el causante tenía que convertirse en segunda víctima (de carácter económico) del accidente, aun en los casos en que este puede probar que no tuvo culpa alguna.

Es por ello que algunos juristas conservadores, aun cuando eran conscientes de la necesidad de reformular el principio liberal de responsabilidad, se resistían a abandonar la idea de culpa porque, desde su punto de vista individualista, esto significaba el abandono de toda ética en la prestación de la conducta. Georges Ripert, por ejemplo, en el Prefacio al Libro de Savatier, expresa su nostalgia por la culpa en estas palabras: “Escriben los Juristas: debemos abandonar la idea de culpa, es una idea anticuada, el progreso la ha sustituido por la idea del riesgo. ¿Se atreverían a escribir: debemos abandonar la idea de que el hombre debe comportarse bien y decirle: Pórtate como quieras, haz tus propios riesgos y peligros, pero si dañas a otro tendrás que pagar? Sin embargo eso es lo que enseñan creen firmemente quienes ayudan de esta manera al progreso del derecho” 40

- **A manera de acápite, sería bueno saber que:**
¿Podemos hablar todavía seriamente de culpa como elemento decisivo de la responsabilidad cuando, a pesar de que existe un culpable (alguien ha cometido una

40 Georges RIPERT en el prefacio al libro de Rene SAVATIER: Traite de la Responsabilité Civile en Droit Français. T. I. L. G. D. París, 1951, p. IX.

imprudencia o un descuido), este no es penalizado porque tuvo la suerte de no cometer ningún daño? La Responsabilidad Extracontractual solo entra en acción si excite víctima; lo que significa que es la víctima el centro, entorno al cual gira la responsabilidad extracontractual (y no el culpable) y que es la reparación lo que constituye el objetivo fundamental de todo el sistema (y no la sanción).

C. Teoría del riesgo.- Es un sistema mas moderno que los dos anteriores y parte de la consideración de que : “ quien se beneficia económicamente con una máquina debe también responder por los daños que esta genera “ Esta doctrina surge como consecuencia de los riesgos que conllevan el maquinismo y la gran industria .Interesa pues son dejar desamparados a la victimas en los supuestos o casos de producirse accidentes de trabajo .

Fuera del ámbito del derecho laboral esta doctrina se ha incorporado ya en el área del derecho civil en la legislación extranjera, e igualmente en la nuestra.

Tal el caso de los preceptos contenidos en los artículos 1145 y 1146 del anterior código civil de 1936 y en el artículo 1970 del nuevo código que nos rige , que dice “ Aquel que ,mediante un bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa , causa un daño a otro esta obligado a repararlo .

➤ **La Doctrina y la Experiencia Peruanas en Materia de Difusión Social del Riesgo:** Esta teoría de la difusión social del riesgo no es absolutamente nueva en el Perú. Existen autores que han hablado de ella y existen tambien casos de aplicación práctica; sola que ello ha pasado de alguna manera desapercibido.

Entre los codificadores de 1936, el inteligente jurista Manuel Augusto Olaechea, con esa capacidad visionaria

que caracteriza a los grandes espíritus, sostuvo ya en esa época: “La noción eminentemente moral de la falta es hoy la única medida legal de la responsabilidad civil delictual en el Perú. Y bien, yo estimo que esta medida jurídica es de suyo insuficiente para resolver una multitud de cuestiones que la vida moderna suscita”; y por ello, propone la adición dentro del orden jurídico peruano del principio de la repartición de los riesgos.

- **La distribución Social del Daño**: Este tipo de reflexiones ha guiado el pensamiento jurídico hasta la más moderna teoría de la responsabilidad extracontractual, llamada la distribución o difusión social de los daños.

La distribución social del daño ha sido también llamada por la doctrina “distribución del riesgo” (risk distribution). Sin embargo, a través de esta última expresión se puede entender varias cosas diferentes.

10. La relación de causalidad o nexo causal

Toda relación de responsabilidad extracontractual implica que una determinada persona (la víctima) puede exigir a otra (el responsable) el pago de una indemnización por daños causados por esta última a la primera. Tiene que haber una razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar; una razón que individualice un presunto responsable dentro del universo de personas. El primer hecho que utiliza el derecho para estos efectos es la relación de causa efecto; independientemente de que una vez establecida esta, el derecho exija todavía otros elementos más para convertir al causante en efectivamente responsable (culpa, por ejemplo, en los casos de responsabilidad subjetiva).

La relación de causalidad de responsabilidad extracontractual descansa, entonces, en una relación de causalidad. Por consiguiente, para que exista responsabilidad extracontractual se requiere que exista un nexo causal entre la víctima y el autor del hecho dañino.

Causalidad Natural y Causalidad Jurídica:

En algunos casos, este esquema se hace algo más complejo en razón de que la víctima puede exigir el pago también a una tercera persona (empleador, representante legal de la persona incapacitada, compañía de seguros) que, por alguna razón, responde conjuntamente con o en vez del causante natural, así paralelamente al causante “físico”, la ley crea un causante “jurídico”

Por tanto, el análisis causal de la responsabilidad no se basa en el orden natural de causas sino en la voluntad de la ley. Esta voluntad responde a finalidades antes de mecanismos; es decir mientras que la naturaleza esta tramada por causas eficientes (relación de causa efecto) que crean mecanismos automáticos o regularidades facticas, el Derecho esta tramado por propósitos sociales que establecen vinculaciones entre los hechos con miras a la realización de ciertos valores o fines sociales⁴¹

Causalidad y Autoría:

La causa jurídica tiene, en la mayor parte de los casos, una característica más personal que la causa natural: es una dimensión existencial del ser humano.

41 TRIMARCHI enfatiza que la causalidad de derecho no es un concepto lógico, sino el resultado de una reflexión propiamente jurídica y practica, orientada a resolver un problema específico. Por eso no siendo la causalidad jurídica un concepto lógico, tampoco tirene carácter universal; por lo que puede tener un sentido diverso en las diferentes áreas del derecho. Pietro TRIMARCHI: causalidad Giuridica e danno, en Giovanna VISINTINI, ed. Resarcimiento de daño contractuale ed extracontractuale. Dott. A. Giuffre, editore. Milano 1984. p. II

La causalidad natural, es de carácter mecánico, apunta únicamente al “enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente” mientras que la autoría se refiere a la posibilidad de imputar un obrar a una persona determinada.⁴² Esto significa que la persona participa en el hecho como un mínimo de voluntad presente. No queremos decir que la autoría suponga voluntad de dañar, lo que nos colocaría en el campo del dolo. Basta que tenga una voluntad de obrar, de realizar el acto que, quizás sin saberlo ni quererlo, producirá un daño. De todo lo que se trata es que la conducta sea aquella propia de un ser humano y no una mera participación mecánica o física.

Causalidad y Culpabilidad:

De ninguna manera debe confundirse causa y culpa, a pesar de que a veces puede ser muy difícil realizar a la distinción.

Como precisa GOLDENBERG, para saber si una persona es culpable debe demostrarse primero que es autor del hecho; recién después de que esto quede demostrado podrá indagarse si es culpable o no⁴³. Se trata de un planteamiento ajeno al problema de culpabilidad o inculpabilidad que supone un juicio de valor sobre una acción dada. Lo que aquí se juzga es la actuación del sujeto en sí misma, sin abrir opinión acerca de su contenido espiritual⁴⁴.

La relación causal pertenece al plano factual y se establece mediante un juicio de ser que describe la conducta, mientras que la culpabilidad pertenece al plano del deber ser y se establece con un juicio de valor que aprecia la conducta. Para entrar en el campo de la responsabilidad extracontractual se requerirá la existencia de un

42 Isidoro, H. Goldenberg: La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Astres. Buenos Aires. 1984 N° 14. p. 45.

43 Isidoro, H. Goldenberg: La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Astres. Buenos Aires. 1984 N° 14. p. 45.

44 Ibidem, N° 14, p. 47

nexo causal que vincule a la víctima con el pretendido responsable (aun cuando tal nexo no corresponda necesariamente al orden natural sino al orden jurídico de cosas), en cambio, la culpabilidad no siempre estará presente en la obligación de responsabilidad extracontractual: en el caso de los daños cuya reparación esta sometida a criterios objetivos de responsabilidad, hay nexo causal pero no hay culpa.

Notemos que esta distinción es importante para los efectos de la prueba en los juicios sobre responsabilidad extracontractual. De conformidad con el artículo 1969, in fine, “el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. El demandante no tiene que probar la culpa del demandado sino que este es quien debe demostrar su ausencia de culpa. Pero, en cambio, el demandante no esta exonerado de probar la relación causal: si bien el descargo de culpa corresponde al autor del daño primero hay que probar que ese demandado fue efectivamente el autor.

La Individualización de las causas jurídicamente operativas:

Con la teoría de la equivalencia de las causas, llegamos a la conclusión de que todos los actos humanos son causa de todas las desgracias de los hombres. Jiménez de ASUA decía que ese enfoque era la exasperación del concepto de causa⁴⁵ Llevada hasta las ultimas consecuencias esta teoría nos paraliza jurídicamente.

➤ **Teoría de la Causa Próxima:**

Una alternativa interesante a la universalidad causal fue la teoría de la causa próxima, según la cual era preciso atender a las causas inmediatas y directas. Esta tesis influyo nuestro Derecho y todavía esta terminología se mantiene en el campo contractual

45 Cit. Isidoro. H. GBERG: Op. Cit. 22, Nº 39

el artículo 1321 del código civil de 1984 señala que se debe indemnización por los daños derivados del incumplimiento contractual, en cuanto sean consecuencia y directa de tal inejecución.

➤ **Teoría de la Causa Preponderante:**

Mal llamada “teoría de la causa eficiente”. Los autores han operacionalizar el concepto de preponderancia de diversas maneras. Unos han hablado de la “causa mas efectiva”. Por ejemplo, dicen, si Juan le proporciona a Pedro los fósforos y es este último quien incendia la casa, no puede negarse que tanto el acto de Juan como el de Pedro son condiciones sine quae non; pero la causa del incendio no es el acto de Juan sino el de Pedro. Porque el acto de este ultimo es la condición mas activa.

11. La Causa de la Responsabilidad Extracontractual dentro del Código Civil Peruano

Nuestro código enuncia la relación causal de artículos 1969 y 1970, al referirse a “aquel que (de una manera o de otra) causa un daño a otro” y luego califica el tipo de causa que tiene una función operativa en responsabilidad extracontractual en la última parte del artículo 1985 donde, un poco de paso, dice que la causa debe ser “adecuada”

Nuestra posición. El código Civil Peruano prescribe expresamente que la causalidad que debe ser analizada, desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, es la “adecuada”. Y, aun cuando este adjetivo pueda ser interpretado de múltiples maneras si se toma en su sentido profano, no cabe duda de que tiene una significación particular dentro de la comunidad jurídica contemporánea. Por consiguiente, podemos afirmar que el Código Civil Peruano ha acogido la teoría de la causalidad adecuada.

LAS FRACTURAS CAUSALES

Las fracturas causales son aquellos hechos ajenos a la serie causal normal, que en consecuencia interrumpen la cadena de causalidad adecuada. Es interesante notar que, si bien el código no precisa el contenido de la expresión “adecuado” que califica la cadena causal jurídicamente operativa, en cambio señala taxativamente en su artículo 1972 los hechos que interrumpen la relación de causa efecto entre el obrar del presunto causante y el daño. De ahí que sea de mayor importancia revisar cuidadosamente estas formas de interrupción de la causalidad para entender más cabalmente la causalidad adecuada.

Alcance General: se precisa tres casos en los cuales se rompe el vínculo causal entre el causante aparente y la víctima; por consiguiente, no existiendo nexo o continuidad causal, no hay tampoco responsabilidad.

Sin embargo hemos señalado que, salvo ciertos criterios casos especiales, la causalidad parece ser una condición esencial para atribuirle responsabilidad a una persona. Es solo después de haber establecido la vinculación entre el daño y el demandado que nos preguntamos por los factores de atribución.

Por consiguiente una fractura del nexo causal afecta la responsabilidad cualquiera que sea el factor de atribución empleado: culpa o riesgo creado. No podemos entonces, decir que estos casos de fractura causal mencionados en el artículo 1972 solo eliminan la responsabilidad por riesgo (art. 1970) pero no la responsabilidad por culpa (art. 1969)

Caso Fortuito y Fuerza Mayor:

El autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor”.

➤ **Caso Fortuito y Responsabilidad Objetiva:** cuando pensamos en términos de responsabilidad subjetiva, el caso fortuito o la fuerza mayor no constituyen problema. Lo que está más allá de la culpa es tierra incógnita, respecto del cual no existe interés en trazar un mapa ni en distinguir regiones diversas: todo ello por igual por igual, queda fuera de la obligación de reparar. E incluso existe una tendencia a identificar en general lo que queda al margen de la culpa con el azar: sino hubo un culpable, el daño debe haberse producido por un caso fortuito.

➤ **Caso Fortuito y Fuerza Mayor:**

Esta necesidad de concentrar y precisar el campo del caso fortuito a fin de que la responsabilidad objetiva no se esfume, ha dado lugar a diversas construcciones doctrinarias orientadas a salvar el principio objetivo.

Theodor SUS ha propuesto una distinción original entre el caso fortuito y la fuerza mayor, considerando que el caso fortuito no exonera de responsabilidad objetiva mientras que la fuerza mayor sí lo hace⁴⁶ SUS, distingue que entre el caso fortuito y fuerza mayor en razón a la de la tipicidad o atipicidad del riesgo. Es así como nos dice que el caso fortuito es el peligro típico de la actividad; mientras que la fuerza mayor es el peligro atípico. De esta manera, un descarrilamiento es un peligro típico de un ferrocarril, pero no lo es un rayo o un terremoto. De ello SUS concluye que, tratándose de responsabilidad subjetiva, tanto en

46 Cit. P. Antonio Borrell Macia: Responsabilidad derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1902 del código civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal. 2ª. Ed. Bosch Barcelona, 1958 N° p. 18.

caso fortuito como la fuerza mayor exoneran responsabilidad. Pero si se trata de responsabilidad objetiva, solo la fuerza mayor tiene valor exonerativo.

La sección del Código Civil Peruano, sobre responsabilidad extracontractual no aporta una definición propia del caso fortuito ni de la fuerza mayor. Por consiguiente, debemos pensar que, en términos generales, es aplicable la definición del artículo 1135, “caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario imprevisible e irresistible” Pero es Felipe OSTERLING quien asume la bandera de la distinción y difunde la idea. OSTERLING sostiene, dentro de la línea de MESSINEO, que “en la ausencia de culpa, el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor⁴⁷” La ausencia de culpa se prueba, pues demostrando la conducta diligente del deudor, a diferencia de la prueba más severa del evento fortuito, que requiere identificar el acontecimiento y otorgarle las características de imprevisible e irresistible.

➤ **Características del Caso Fortuito Extracontractual:**

Con estas precisiones sobre la ubicación conceptual del caso fortuito y con las normas del artículo 1315 del código civil, podemos delinear una silueta más definida del caso fortuito (entiendas también, de fuerza mayor, dentro de la sinonimia que establece el código peruano).

Lo fundamental estriba en que caso fortuito no es una simple ausencia de culpa sino una nova causa interviene que

47 Felipe OSTERLING PARODI: inejución de las obligaciones Contractuales en el Código Civil Peruano de 1936: la Indemnización de Daños y Perjuicios, Tesis Doctoral. Mimeografiado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1967.p.

interrumpen el nexo causal entre el presunto autor del daño y el daño mismo.

Es interesante advertir que cuando el caso fortuito se presenta de manera absolutamente pura, no hay controversia alguna sin necesidad de aducirlo, porque no hay tampoco presunto causante: si de pronto cae un rayo del cielo y fulmina a un campesino que cuidaba sus borregos, no hay posibilidad de imputarle a nadie el hecho sino a Dios. En consecuencia dado que la alegación del caso fortuito es una defensa y como nadie tiene que defenderse en ese caso, no hay necesidad de recurrir a la noción jurídica de caso fortuito. La situación es distinta cuando, de una manera o de otra un acto humano se mezcla con el caso fortuito.

El artículo 1315 del Código Civil se refiere a un “evento extraordinario”. Por consiguiente, se trata de un hecho que no es común, que no es usual ⁴⁸.

El Hecho Determinante de Tercero:

El hecho determinante de tercero como fractura del nexo causal. La liberación de una eventual responsabilidad probando que el daño obedeció a un hecho determinante de tercero es otro caso de fractura del nexo causal, que no puede ser tratado como un caso de ausencia de culpa.

Dicho de otra manera, no es que el presunto agente no tuviera culpa sino que era verdadero agente. El doctor LEON BARANDARIAN afirma que el demandado por daños y perjuicios

⁴⁸ Felipe OSTERLING con la colaboración de Carlos Cárdenas Quiroz. Exposición de motivos y comentarios al libro VI del Código Civil (las obligaciones) en Delia Reboledo de Debaquey, compiladora: Código Civil exposición de motivos y Comentarios. Lima, 1985. p. 440.

puede exonerarse acreditando que no fue realmente agente, que la “causa” del accidente fue una tercera persona o la propia víctima y que no tuvo sino participación circunstancial en los hechos⁴⁹

Estamos entonces, ante una interrupción de la relación de causalidad

¿Que es el hecho determinante de tercero? Sin embargo, el problema no queda resuelto una vez hemos establecido la naturaleza causal de la exclusión. Por el contrario, nos hemos simplemente limitado a plantearlo. Todavía tenemos que preguntarnos: ¿Qué es un hecho determinante de tercero? ¿Que tipo de participación se considera determinante? Estas no son preguntas que puedan ser respondidas en forma general; y la jurisprudencia tendrá que razonar mucho al respecto a fin de cumplir con su misión pedagógica y de desarrollo del Derecho. En estos comentarios solo podemos presentar algunas indicaciones de los caminos que podrá adoptar tal razonamiento judicial.

La regla contenida en el artículo 1972 ha querido exonerar de responsabilidad a quien no fue autor de un daño, es decir, liberar al presunto agente, cuando el verdadero productor de el daño fue un tercero, exime de responsabilidad; porque si fuera así, no habría responsabilidad objetiva.

En realidad tanto el caso fortuito como el hecho determinante de tercero y el hecho de la víctima se imponen como una fuerza mayor con autor. Es en este carácter de “hecho de Autor” que da

49 José LEÓN BARANDIARAN: Comentarios al Código Civil Peruano (derecho de obligaciones) T. I. Acto Jurídico, 2ª. Ediar. Buenos Aires, m 1954. p. 409.

lugar a que el hecho determinante de tercero, no cancele la responsabilidad de carácter extracontractual, no haga inaplicable esta institución frente a un determinado daño; simplemente la desplaza del presunto causante al verdadero causante, pero no establece que no hay responsabilidad en absoluto, como las inmunidades a las que antes hemos hecho mención⁵⁰.

➤ **Características esenciales del hecho determinante de tercero:**

En la medida que el hecho determinante de tercero es una vista mayor para el presunto causante, este hecho tiene que revestir características similares a las que hemos mencionado con relación al caso fortuito: este hecho debe exponerse sobre el presunto causante con una fuerza que aniquile su propia capacidad de acción.

El carácter extraordinario el hecho esta constituido por tratarse de una causa extraña al sujeto que pretende liberarse con esta defensa. En este sentido, es inútil retomar el criterio de tipicidad – atipicidad para determinar si la causa era extraña.

La presente lectura tiene como finalidad explicar la manifestación de la Responsabilidad Civil Contractual, la cual entendemos se encuentra en la Legislación Civil Peruana, vale decir, en el Código Civil; pero no propiamente dicha en una sección establecida expresamente como la Responsabilidad Extracontractual.

Esta Responsabilidad Contractual u Obligacional como también es conocida, posee los siguientes requisitos generales:

- ❖ Debe provenir de un contrato validamente celebrado.

⁵⁰ Cf, Parte Segunda, Título III

- ❖ Debe ser eficaz (creado, modificado y regulado según relaciones jurídicas).
 - ❖ Debe producirse por un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor.
 - ❖ Este incumplimiento (absoluto o relativo) debe ocasionar un daño al acreedor.
 - ❖ Debe existir una relación de causalidad en el incumplimiento al deudor que le haya ocasionado el acreedor.
 - ❖ Los factores de atribución (subjetivos y objetivos).
- Por último, la Responsabilidad Contractual la encontramos como Inejecución de las Obligaciones, a partir de los artículos 1314 en adelante.

12. Resolución Judicial: Caso Extracontractual (Causa Adecuada)

Un ejemplo de análisis causal lo tenemos en un caso que se presentó entre la empresa de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL) y Telefónica del Perú. En efecto la última demandó a la primera por los daños ocurridos el 16.03.96, ascendiente a la suma de catorce mil quinientos cincuenta y ocho nuevos soles y noventa y ocho centavos, por una inundación de agua potable a cargo de la demandada, originando la inundación de una cámara subterránea de cables telefónicos, ocasionando el corte de servicio en la zona. El Trigésimo Octavo Juzgado Civil, con resolución diecisiete, del 17.07.98, declaró infundada la demanda por lo siguiente:

“Que, como aparece de la demandada incoada la única prueba ofrecida y actuada por el demandante con la cual se pretende acreditar la existencia del evento es la copia certificada corriente en fojas siete consistente en la constatación Policial; donde aparece que se verificó daños en una cámara de empalmar líneas telefónicas, según el acto ocasionado por la inundación de agua a consecuencia de la tubería de agua. Que, la prueba antedicha es insuficiente para determinar o acreditar la existencia del hecho

presuntamente dañoso, y menos con el mismo se puede acreditar que la rotura de la tubería se haya ocasionado o producido por culpa (o dolo) del demandado, y en todos los casos tampoco se ha probado la relación de causalidad prevista en el numeral mil novecientos ochenta y cinco del Código sustantivo conforme al cual debe existir una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño producido”.

Esta decisión fue confirmada por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución del 24.12.98, enfatizando que:

“En el presente caso, si bien con la certificación de fojas siete se acredita la inundación de agua en el lugar que se precisa en dicho documento, empero el dictamen pericial de fojas noventa y nueve es convincente cuando concluyen que no existen pruebas objetivas ni documentos técnicos que demuestren la fecha en que ocurrió el evento dañoso, las causas que la ocasionaron, la magnitud de los perjuicios y el responsable de los mismos. La certificación policial de fojas siete es insuficiente para tales efectos.”

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Tipo de estudio

➤ **Por su Finalidad: Básica**

Esta investigación resulta ser **básica** por cuanto tiene entre sus fines el estudio y análisis de las condiciones necesarias para la implementación de una propuesta unificadora en torno a las diversas teorías de la responsabilidad civil en nuestro país.

➤ **Por su Profundidad: Descriptiva – Explicativa**

La presente investigación por su profundidad tiene carácter **descriptiva**, en tanto se orienta a describir las diversas teorías que existen actualmente sobre nuestro tema de estudio; por otro lado, este trabajo es de naturaleza **explicativa**, por cuanto nos proponemos exponer los criterios jurídicos para la formulación de una teoría unificadora en nuestro ordenamiento legal.

3.2. Métodos de investigación

A) MÉTODOS LÓGICOS

➤ **Método Inductivo**

Este método se caracteriza porque sus inferencias van de lo particular a lo general, o de los hechos a la teoría. En nuestro caso este método será utilizado tanto en la recolección de la información, así como en la elaboración del marco teórico al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular.

➤ **Método Deductivo**

A contrario del anterior, el método deductivo va de lo general a lo particular, y se obtiene el juicio de una sola premisa, es decir que se llega a una conclusión directa sin intermediarios. El método deductivo lo aplicaremos al tema de nuestro estudio en cuanto a la propuesta de unificar los diversos enfoques en torno a la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual.

➤ **Método Analítico**

Este método se apoya en que para conocer un fenómeno es necesario descomponerlo en sus partes, pues el término análisis tiene una raíz griega que significa descomposición. En nuestro trabajo será fundamental para la dispersión de nuestro marco teórico en materia de daños, tanto como para la discusión de los resultados a los que podamos arribar en nuestra investigación.

➤ **Método Sintético**

Este método consiste en la reunión de varios elementos dispersos en una nueva totalidad, especialmente al momento de trabajar los componentes de la hipótesis. Este método será empleado fundamentalmente en el enunciado tentativo de la hipótesis, así como en las conclusiones y recomendaciones.

B) MÉTODOS JURÍDICOS

➤ **Método Doctrinario**

Utilizado para seleccionar información con bases doctrinarias sobre el Derecho de Daños, extrayendo las distintas posturas sobre el tema a investigar tanto de autores nacionales como internacionales.

➤ **Método Exegético**

Por el cual hacemos una paráfrasis directa del texto, es decir extraemos el significado de un texto dado, a efectos de explicar la naturaleza de las normas, en el presente caso, todo lo relativo a la protección de la víctima, a partir de los diversos enfoques o teorías respecto de la responsabilidad civil.

➤ **Método Interpretativo**

Empleado esencialmente para lograr procesar la información, delimitar conceptos y obtener soluciones, de acuerdo a lo planteado en los objetivos generales y específicos.

3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Las técnicas y los instrumentos utilizados en el presente proyecto de investigación han sido:

De la Recopilación Documental

Técnica aplicada a los diversos materiales que tuvimos acceso sobre la problemática jurídica de la aplicación de la responsabilidad civil en nuestro país. El instrumento empleado en dicha técnica fue las **guías de observación**.

Del Fotocopiado

Técnica que mediante el instrumento fotocopia, nos permitió utilizar el avance de la tecnología para contar con reproducciones de los libros y revistas que me sirvieron de soporte bibliográfico en el desarrollo del tema y procesamiento de la información relacionada a ello. El instrumento empleado en esta técnica fueron las **Fotocopias**.

Del Internet

Técnica por la cual logramos acceder a páginas webs para complementar nuestro marco teórico. El instrumento empleado en dicha técnica fue las **Páginas web**.

3.4. Métodos de análisis de datos

- Interpretación de la información

La información obtenida de diversas fuentes será sometida al análisis para determinar las conclusiones que nos permitan fundamentar nuestra hipótesis, así como para elaborar nuestro marco teórico.

- Tabulación de la información

La elaboración de cuadros se realizará con el objeto de un mayor entendimiento del tema; a través de los gráficos podremos apreciar las distintas tendencias de opinión sobre nuestra propuesta.

- Arribo de las conclusiones

Después de haber leído, analizado y comprendido toda la información recopilada, se procedió a realizar las respectivas conclusiones de la investigación.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

“CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A NIVEL DEL ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO”

1.- EXISTEN POSICIONES DOCTRINARIAS QUE SOSTIENEN QUE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL PUEDEN INTEGRARSE EN UNA SOLA TEORÍA

Ya hemos visto que nuestro ordenamiento enrola en el sistema de la dualidad: así se desprende inequívocamente de la doble regulación desarrollada en la ley civil, en los títulos y capítulos de nuestro Código Civil, y que refiere, por separado, a una y otra órbita de la obligación de responder por daños.

Se ha visto también, la posición de nuestra doctrina civilística clásica en una primera época, la reacción posterior de otros doctrinarios que no se conformaban con esa división artificiosa, y la corriente uniforme de los autores actuales, que sostienen los postulados de la unidad del sistema resarcitorio.

Se advierte, pues, hoy, un muy claro divorcio entre la normativa legal que establece la división dicotómica, y el pensamiento de la doctrina, uniforme, unánime, que critica tal solución.

Sostenemos que somos partícipes en esta corriente doctrinaria, que debe recomendarse la reforma legislativa y terminar con esas arbitrarias diferencias en los regímenes de reparación del daño, que no se compadecen de ninguna manera con la naturaleza y las finalidades de la responsabilidad civil.

A continuación, procedemos a señalar brevemente las posiciones doctrinarias a favor de la unificación de la teoría dualista de la responsabilidad civil a nivel de nuestro ordenamiento nacional.

POSICIÓN ONTOLÓGICA.-

Es aquella que privilegia la unidad conceptual y funcional de la responsabilidad civil. Según la perspectiva “ontológica”, la división *sine qua non* de la responsabilidad civil no se justifica, o en todo caso, se encontraría actualmente en crisis. La señalada división es apreciada, así mismo, como un “dogma” a erradicar. No existiría razón ni justificación para aplicar a un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, regímenes de responsabilidad distintos.

El ejemplo que se propone es un accidente automovilístico: el choque de un ómnibus de transporte urbano contra uno de sus paraderos, donde hay personas que esperan abordarlo. Resultan afectados, con las mismas lesiones, un pasajero del vehículo, que sale expelido de éste, y uno de los sujetos que aguardaban. En el primer caso, la existencia de un boleto (por lo tanto, de un contrato de transporte) haría que el pasajero vea resarcidos los daños directos, inmediatos y previsibles; en el segundo, sería procedente el resarcimiento de los daños mediatos e imprevisibles, inclusive. En todo ello se ve una injusticia.

Además, y más elaboradamente, se argumenta que las funciones de la responsabilidad civil son las mismas en el incumplimiento y frente a los actos ilícitos, sobre la base de la concepción de la “responsabilidad” como noción complementaria a la de relación obligatoria, entendiéndose esta última como una estructura compleja, es decir, caracterizada por la existencia de una serie de deberes accesorios que se coordinan con el deber central de prestación en un nexo funcional unitario.

POSICIÓN PRAGMÁTICA.-

Sin descuidar el análisis conceptual, está claramente orientada hacia la preparación del camino hacia una normativa uniforme de la responsabilidad por incumplimiento y de la responsabilidad extracontractual. Esta doctrina nítidamente identificable por su creencia en que las normas son fórmulas para zanjar debates doctrinarios, para consagrar puntos de vista caprichosos e insostenibles, y no para solucionar conflictos de intereses, se considera que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual sólo ha servido en las propias palabras de su defensor “para satisfacer juegos intelectuales de juristas químicamente puros”, y “para confundir a los operadores jurídicos”.

Se entiende que tanto el incumplimiento de obligaciones, cuanto la lesión de un derecho o legítimo interés, ocasionan daños, y por ende, hacen que exista un “responsable” al que hay que imponer una indemnización. Los dos tipos de responsabilidad tendrían nexos, entonces, con el principio de no dañar a nadie, con el deber general de *neminem laedere*, por lo cual carecería de sustento su separación.

Estado de la cuestión en la doctrina:

Actualmente la doctrina debate con vehemencia el tema, unos con una visión tradicional y otros con la convicción que la responsabilidad civil es una sola. Los partidarios de la unificación desechan que el contexto del que se deriva la responsabilidad civil: contractual o extracontractual, sea diferencia válida para mantener la duplicidad legislativa. Se parte de la afirmación que el eje actual de la responsabilidad civil es el daño y que ha destronado a la culpa.

Esta última era la base de un sistema imperfecto que en múltiples casos desamparaba totalmente a la víctima y, en otros, reconocía una reparación

exigua, que no cumplía con el principio de “retornar las cosas al estado anterior al daño”.

Los partidarios de la unificación consideran que lo esencial es descender hasta los presupuestos del deber de reparar:

- Acción
- Antijuricidad
- Daño
- Relación de Causa a Efecto
- Criterio Legal de Imputación

Estos elementos serían el fundamento de la Responsabilidad Civil y como tales justificarían la unificación.

Para muchos autores, hoy en día hay que estar contemplando la posibilidad de satisfacer más bien el daño sufrido que el daño causado. Y actualmente el punto cardinal de la Responsabilidad Civil pasa por el daño más que por la ilicitud, y así lo sostienen también el propio Bueres, Bustamente Alcina, Kemelmajer de Carlucci, Parellada, Dora Guesualdi, Trigo Represas, Mosset Iturraspe, Ghersi, Atilio Alterini, entre otros juristas.

2.- LOS ELEMENTOS SUSTANCIALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SON COMPARTIDOS POR LA TEORÍA DUALISTA, POR LO QUE ES FACTIBLE SU UNIFICACIÓN

Como es sabido, y como hemos visto en nuestro marco teórico, los requisitos comunes a la responsabilidad civil son la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución. Veamos un somero repaso para darnos cuenta que ambos son compartidos por los diversos tipos de responsabilidad.

LA ANTIJURICIDAD

Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico.

Esto ha llevado a la doctrina a señalar que en el ámbito de la responsabilidad civil no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que pueden causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas, en cuanto previstas en abstracto en supuestos de hecho normativos, y atípicas, en cuanto a pesar de no estar reguladas en esquemas legales, la producción de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, este concepto de la antijuricidad, en el sentido de antijuricidad genérica, no se acepta sino el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto en el lado contractual se acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso, o del cumplimiento tardío o moroso. Esto significa en consecuencia, que en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente.

La antijuricidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321° del Código Civil, mientras que la antijuricidad atípica, es decir, antijuricidad en sentido amplio y material (no formal), fluye de los artículos 1969° y 1970° del mismo Código Civil, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionar o causar;

entendiéndose que cualquier conducta que cause un daño, con tal que sea ilícita, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización.

Esto es evidente, por cuanto mientras en el ámbito contractual, al estar tipificada y predeterminadas las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o relativamente una obligación, en el ámbito extracontractual por el contrario al no estar predeterminadas dichas conductas, debe entenderse que cualquier conducta será susceptible de dar lugar a una responsabilidad civil, en la medida que se trate de una conducta ilícita que cause un daño.

LA ANTIJURIDICIDAD Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En el sector de la doctrina que sigue haciendo girar la responsabilidad civil en torno a la culpa del agente y no al daño ocasionado a la víctima - se estima que el daño es el resultado de una conducta “antijurídica”.

Frente a dicho planteamiento en los últimos tiempos, al centrar la responsabilidad civil en el daño causado a la víctima, diversos autores, entre los que cabe citar a Busnelli, Visintini o Pantaleón Prieto, descartan que en la responsabilidad civil exista un momento de “antijuridicidad”. Desde su punto de vista, es suficiente la presencia de un daño y de unos criterios de imputación justos.

Lo expuesto nos lleva a inferir que, para dichos autores, lo injusto sería equivalente a lo “antijurídico”, mientras que, dentro de nuestra concepción, lo injusto es lo *jurídicamente* prohibido. Es decir, que lo injusto es, como lo hemos apuntado, el elemento negativo de lo jurídico, si es que consideramos que el incumplimiento del deber y la sanción son *maneras de ser* de lo jurídico.

Según la concepción del derecho y del ser humano - su sujeto – no cabría sostener que la trasgresión del ordenamiento jurídico o la violación del deber de no dañar al otro configuren la categoría de lo “antijurídico”. En ambos casos se trata de “maneras de ser” del derecho que comprenden, como se ha puesto de manifiesto, las conductas humanas intersubjetivas prohibidas, injustas, ilícitas.

Cuando se expresa, en nuestros días, que “hay resarcimiento sin antijuridicidad”, debemos entender que lo que se pretende decir es que existe reparación de las consecuencias del daño aunque éste provenga de un acto justo, lícito. Ello, dentro de la concepción que, sobre una base humanista, privilegia la atención de la víctimas de las consecuencias del daño sobre la persecución del agente del mismo.

De otro lado, se sostiene que “la antijuridicidad” importa un “obrar violatorio del *alterum non laedere*”. Desde nuestra perspectiva, el “no dañar a otro” en el ejercicio de un derecho subjetivo supone un deber *genérico* que, como tal, aparece en todo derecho subjetivo al lado de los deberes que son propios de cada uno de dichos derechos. Precisamente, la noción contemporánea de “situación jurídica subjetiva” que significa, como bien sabemos, que cada derecho conlleva un deber y que todo deber supone un derecho que permite comprender como el deber genérico de *alterum non laedere* integra el concepto de lo jurídico, desde que significa el “incumplimiento de un deber”.

De ahí que, si se daña a otro, vulnerándose un interés existencial o un derecho subjetivo, la conducta del agresor es *jurídica* bajo el signo negativo del “incumplimiento de un deber”. En síntesis, es jurídico tanto lo permitido, justo, lícito, como lo prohibido, injusto, ilícito. Todas estas situaciones son *jurídicas*, integran el derecho. Ninguna de ellas es materia de estudio de otra disciplina del saber humano. Sólo del derecho.

EL DAÑO CAUSADO

El segundo aspecto fundamental de la responsabilidad civil en términos genéricos es el daño causado, siendo éste el aspecto fundamental, no único, de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, pues se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil.

Tan importante es este aspecto del daño producido, que hay quienes han preferido denominar con mucho acierto la responsabilidad civil como derecho de daños. Pues bien, en sentido amplio, se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido amplio, se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión.

No se debe olvidar que el hombre es un ser social, que se vincula en su vida de relación social con otros hombres para la satisfacción de sus múltiples necesidades de carácter también social, y que en cuando dichas necesidades o intereses o intereses son protegidos por el ordenamiento jurídico se elevan a la categoría jurídica de derecho subjetivos. Una concepción meramente formal de los derechos subjetivos, no nos permite comprender el problema de los derechos en su esencia social, y tampoco nos permitirá entender que la responsabilidad civil, antes que todo, es un sistema de solución de conflictos sociales, de conflictos o problemas entre los individuos que se desenvuelven en un determinado ambiente social, en un momento histórico y político determinado.

Respecto al daño existe una unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: patrimonial y extramatrimonial. Respecto del daño patrimonial se sabe que es de dos clases: daño emergente, es decir,

la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, y el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir. En lo concerniente al daño extramatrimonial nuestro Código Civil se refiere al daño moral y al daño a la persona existiendo en la doctrina moderna una tendencia cada vez más fuerte a hablar únicamente del daño a la persona.

Evidentemente, ambas categorías del daño patrimonial y extramatrimonial están referidas tanto a la responsabilidad civil contractual como extracontractual. En cuanto a las diferencias de matiz de regulación legal, el sistema jurídico nacional, en lo que respecta al campo extracontractual, ha consagrado legalmente en el artículo 1985 del Código Civil el criterio de reparación integral de los daños, a diferencia del ámbito contractual, en el cual sólo se reparan o indemnizan únicamente los daños directos, según lo dispone el mismo artículo 1321.

Se ha indicado ya que el daño es un ingrediente esencial en la responsabilidad jurídica civil. No interesa que sea contractual o extracontractual. Y llegamos a calificarlo como uno de los elementos más determinantes ya que, aunque se den el hecho, la culpa y el nexo, no existe obligación de indemnizar si no aparece claro el daño.

La terminología jurídica trastoca a veces el daño y el perjuicio, pretendiendo, por el primero, indicar el menoscabo de un interés cualquiera, y por el segundo, el lesionamiento de un interés jurídicamente protegido, es decir, de un derecho reconocido y protegido por las normas positivas.

El daño es simple y llanamente el lesionamiento, o menoscabo, que se ocasiona a un interés lesionado, perturbado o agredido, esté o no consagrado como un derecho real u objetivo. Basta que sea un interés que se encuentre en el patrimonio del afectado, el que se erosione o afecte para que exista el daño. Claro que si ese interés se encuentra protegido

normativamente por un derecho real o subjetivo, por eso no pierde su categoría de interés, y su desconocimiento, violación o detrimento origina el daño, desde el punto de vista jurídico.

En consecuencia se podría decir que la antijuridicidad solo se predica del daño que se analiza bajo el manto de la responsabilidad penal pero no en la responsabilidad civil. No obstante la posición de la jurisprudencia y la doctrina nacionales no es muy clara al respecto pues a veces se han tomado posiciones encontradas en este aspecto.

Se debe diferenciar el término derecho subjetivo de interés legítimo, entendiendo por este último no el reconocido por la ley o el derecho sino el que no va contra la ley o contra el derecho. El lesionamiento a un interés legítimo es suficiente para configurar daño; no se requiere que este interés llegado ha ser reconocido como un derecho real o subjetivo. Sin embargo, otros distinguen entre interés legítimo e interés simple para incluir en el primero el que esta reconocido por la ley y en el segundo el que no esta contra la ley.

Para nosotros, si nos atuviéramos a esa terminología el lesionamiento al interés simple sería suficiente para configurar el daño. No se requiere que este interés haya llegado ha ser reconocido como un derecho real o subjetivo. Sin embargo, otros distinguen entre interés legítimo e interés simple para incluir en el primero el que esta reconocido por la ley y en el segundo el que no esta contra la ley. Para nosotros, si nos atuviéramos a esa terminología el lesionamiento al interés simple sería suficiente para configurar el daño.

LA RELACION DE CAUSALIDAD

Además de los requisitos antes mencionados de la responsabilidad civil como son la conducta antijurídica y el daño causado, es necesario un tercer

requisito de orden fundamental denominado "relación de causalidad", que se entiende en el sentido que debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar.

Esto significa que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Sucediendo lo mismo en el campo de la responsabilidad civil contractual, ya que el daño causado al acreedor debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento absoluto o relativo de la prestación debida por parte del deudor. La relación de causalidad es pues un requisito general de la responsabilidad civil, tanto en el ámbito contractual como extracontractual. La diferencia reside en que mientras en el campo extracontractual la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada, en el ámbito contractual la misma deberá entenderse bajo la óptica de la causa inmediata y directa.

La relación de causalidad, es un requisito de toda la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase. La diferencia de regulación legal en nuestro Código Civil radica que en el campo extracontractual se ha consagrado en el mismo artículo 1985 la teoría de la causa adecuada, mientras que en el contractual en el mismo artículo 1321 la teoría de la causa inmediata y directa.

Sin embargo, para efectos prácticos, las dos teorías nos llevan al mismo resultado. Mas aún, en ambas clases de responsabilidad civil existen las figuras de la concausa y de la fractura causal que se presentan cuando dos conductas o acontecimientos contribuyen a la producción del daño, o cuando existe un conflicto de causas o conductas, una de las cuales llega a

producir efectivamente el daño, haciendo imposible que la otra hubiera llegado a producirlo.

A la conducta que sí ha producido el daño efectivamente, fracturando el eventual nexo de causalidad de la otra conducta, se le llama justamente fractura causal. Las fracturas causales en el ámbito extra contractual son cuatro: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero.

FACTORES DE ATRIBUCION

Al referirnos a los factores de atribución, que son aquellos que determinan finalmente la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se han presentado en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos antes mencionados de la Antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad. En materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la culpa, mientras que en el campo extracontractual, de acuerdo al código actual son los dos factores de atribución: la culpa y el riesgo creado. En el campo contractual la culpa se clasifica en 3 grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo; mientras que en el lado extracontractual se habla únicamente de culpa y también de riesgo creado.

Estos dos factores de atribución se encuentran consagrados independientemente en los artículos 1969 y 1970 respectivamente. Aún cuando debe destacarse que al haber invertido la carga de la prueba en el art. 1969 se ha llegado a objetivizar el sistema subjetivo de la Responsabilidad Civil por culpa, en el ámbito extracontractual.

No obstante, lo cual, debe destacarse la bondad del Código Civil Peruano al haberse consagrado en el art. 1970 el sistema objetivo basado en la idea del riesgo, como factor de atribución distinto pero coexistente con el factor subjetivo de la culpa. La diferencia entre ambos factores de atribución es

evidente y apunta principalmente a que el sistema subjetivo el autor de una conducta antijurídica que ha causado un daño, debe responder únicamente si ha actuado con culpa.

3.- LA EXISTENCIA DE UNA TEORÍA DUALISTA DE LA RESPONSABILIDAD PROVOCA UNA SERIE DE CONTRADICCIONES AL MOMENTO DE SU APLICACIÓN POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

La falta de uniformidad en las sentencias, o peor aun las contradicciones en las sentencias judiciales que se suscitan entre las diversas instancias de nuestros poder judicial, nos permite señalar dos puntos.

- Que no hay una adecuada legislación, pues presenta muchos vacíos o lagunas
- Que no hay una correcta interpretación de las normas por parte de nuestros operadores jurídicos

La pregunta es por qué contar con 2 regímenes de responsabilidad civil que crean problemas de interpretaciones en nuestros jueces; si actualmente el criterio predominante para la responsabilidad civil, es la existencia del daño ocasionado a la víctima; el objetivo es adecuado resarcimiento

El régimen dual de la responsabilidad civil manifiesta su ineficacia al presentarse la problemática de las zonas grises, pues estas ocasionan el desconcierto y contradicción al momento de sentenciar por parte de los órganos jurisdiccionales; redundando en una carga procesal, la cual pudiera ser reducida si es que, se adoptara un sistema único de responsabilidad civil lo cual ahorraría costos a las partes y al sistema de justicia

Actualmente el eje central entorno al cual gira la responsabilidad civil es el daño ocasionado a la víctima y su adecuado asesoramiento. El Daño es único, siempre es el mismo; es decir el Daño es ahora el Nuevo factor Común entre ambos tipos de responsabilidad, si esto es así, entonces porque seguir manteniendo un Régimen Dual de Responsabilidad Civil y no Optar por la Unificación de la Responsabilidad Civil en un Derecho de Daños, donde la víctima sea adecuadamente resarcida.

Semejanzas que orientan hacia la unificación de la responsabilidad civil

Existen diferentes regulaciones para ambas responsabilidades, pero no son totalmente distintas, ya que tiene aspectos estructurales semejantes.

- Un aspecto fundamental en ambos casos es el **daño (acto) causado**, si el daño causado no existe no hay responsabilidad contractual ni extracontractual, el daño del factor común es el que identifica las responsabilidades; en el campo extracontractual el daño es a cualquier persona, mientras en el contractual el daño es siempre al acreedor.
- **La relación causal**, si esta no se presenta no existirá responsabilidad ni del autor, ni del deudor; la diferencia consiste en que para el extracontractual se ha optado por la causalidad adecuada, mientras que en el contractual por la causalidad inmediata o directa; por lo que, la relación causal es el factor común a las responsabilidades.
- **La conducta del sujeto de derecho**, (genera responsabilidad contractual o extracontractual) en el campo extracontractual cualquier conducta puede originar responsabilidad, mientras que en el campo contractual, esa conducta será siempre del deudor.

Los factores de atribución en el campo extracontractual existen los factores de atribución objetivos y subjetivos; mientras que en el campo contractual,

el factor de atribución siempre es subjetivo consistente en la culpa del deudor, no obstante actualmente el criterio para establecer responsabilidad.

La antijuridicidad, existe una diferencia leve de matiz para estos dos campos, no basta que se cause daño para ser responsable civilmente, pues puede ser un daño autorizado o justificado, para que el daño genere responsabilidad civil debe ser un daño antijurídico o ilícito, para esto no es necesario que se encuentre prohibido (tipificado) en un hecho normativo, si es un daño autorizado por el sistema jurídico no origina responsabilidad civil (coincidencia de la antijuridicidad con el daño injustamente sufrido, daño no permitido). En el caso de responsabilidad civil contractual, la antijuridicidad es siempre típica (el incumplimiento total, parcial, defectuoso o tardío). La antijuridicidad es la noción común a ambas partes.

"Artículo 1971. Casos de inexistencia de responsabilidad: No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. En el ejercicio regular de un derecho.
2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro".

RESOLUCION CASATORIA MODO DE EJEMPLO

Sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual 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 el agente dañoso sino el dañado. Actualmente, con satisfacción, puedo comprobar que esta es la orientación de

la doctrina nacional mas autorizada. Con razón, ahora se afirma que "nunca hemos encontrado justificativo que explique el porque, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regimenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos.

No puedo dejar de citar el siguiente pasaje de la ejemplar Resolución Casatoria N° 849-96, el 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 esta orientando a la unificaciónn 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".

Incluso, va más allá el fundamento singular del Vocal Roncalla Valdivia, quien opia por la tesis del cúmulo entre ambas responsabilidades. Así:

"La responsabilidad contractual y extracontractual no son vías antagónicas si no que muchas veces pueden presentarse de manera paralela, coexistiendo dentro de una situación global, produciéndose daños de distinta naturaleza, pero en su origen en una sola situación jurídica, como en este caso que es una relación contractual.

Que en esos casos, como en el presente el perjudicado no solo dispone de una inequívoca acción si no que dispone de ambas a la vez siendo mas realista entender que el carácter contractual o extracontractual de los deberes infringidos al ocasionar el dano no es tanto el factor que configure la acción, dotándola de una cínica naturaleza, en cuanto se deben entender que son solo fundamentos de derecho de prosperabilidad de la acción indemnizatoria, y que como fundamentos de derecho son intercambiables por el principio *lura Novit*

Curia, siempre y cuando se hayan probados los elementos de derecho indemnizatorio que son un causante, una víctima, nexo de causalidad, negligencia, culpa o existencia de responsabilidad objetiva".

La jurisprudencia nacional, en materia de responsabilidad civil por mala praxis médica esta admitiendo el derecho de opción. En conclusión, se puede afirmar que, cuando dentro de una relación jurídica obligatoria, se produce un daño que *exorbita* los derechos y deberes inherentes a dicha relación y por ende, también se configura un supuesto de responsabilidad extracontractual, 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 extracontractual.

¿Obligación o deber de seguridad? o sobre los intentos de contractualizar el deber genérico de no dañar El supuesto en el cual, a propósito de una relación obligatoria, simultáneamente se haya lesionado el deber genérico de no dañar, ha ocasionado no pocos dolores de cabeza a los operadores del Derecho.

En efecto, aquellos que defendían la posición del *non cumul*, vale decir, la incompatibilidad, como la clásica jurisprudencia francesa, se aferraban a un tratamiento contractual, argumentando la existencia de obligaciones tácitas de seguridad. Veamos algunos ejemplos: la responsabilidad civil derivada de la muerte (o daños a la integridad) de los consumidores que se encontraban dentro de un local abierto al público (discoteca, supermercado, hotel, entre otros) que se incendia o derrumba (total o parcialmente). Que tipo de responsabilidad civil es?, tenemos que distinguir aquellos que entraron pagando de aquellos que fueron invitados?, aquellos que ya consumieron de aquellos que todavía no lo hicieron?.

4.- LA CONCURRENCIAS DE RESPONSABILIDADES O LLAMADAS “ZONAS GRISES” NO PERMITEN LA EVOLUCIÓN SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DUALISTA.

Nuestro Código Civil Vigente, contempla los dos tradicionales sistemas de responsabilidad: Contractual y Extracontractual. Para algunos autores, por ejemplo, la responsabilidad del médico es generalmente contractual ya que su obligación nace de un contrato de prestación de servicio médico; excepcionalmente puede ser extracontractual cuando se realicen conductas antijurídicas o viole disposiciones reglamentarias de su profesión, partiendo de ello nos preguntamos si una misma conducta puede tener ambos caracteres.

Sobre este punto, como hemos visto en nuestro marco teórico, algunos autores sostienen que cuando entre dos personas media una relación jurídica contractual, producido un daño por una parte a la otra interviniendo culpa o negligencia, puede suceder que ese mismo resultado dañoso sea susceptible de considerarse como una infracción contractual, que generaría responsabilidad de este tipo, o como un supuesto de responsabilidad extracontractual, en tanto hubiera producido la obligación de reparar como consecuencia del incumplimiento del *neminem laedere*.

El problema se plantea siguiendo al autor por la diversidad de regímenes jurídicos de aquellas responsabilidades.

Los casos de este tipo que se pueden presentar son muchos; pero los más frecuentes y más abordados por los tratadistas son: lesiones corporales o muerte y daños en las cosas causados en la ejecución de relaciones contractuales, tal es el caso de los accidentes de trabajo, daños producidos con ocasión de servicios profesionales. En estos casos estamos ante la concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contratos y a la vez en el deber general de no dañar a otro, concurrencia que la doctrina la ha

denominado “yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual”.

Frente a esta concurrencia de responsabilidades o de normas, la solución que plantean algunos autores es que las acciones pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas que más se acomoden a ellas, todo a favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible.

Por otro lado, no podemos soslayar, junto con De Trazegnies, que de ninguna manera puede decirse que estas regiones – responsabilidad contractual y extracontractual – se superponen y que algunas situaciones son oriundas de ambas etnias jurídicas. Los hechos de la responsabilidad tienen que tener pasaporte contractual o pasaporte extracontractual: el que tiene dos pasaportes es un impostor o es un aprovechador a quien debe privársele de uno o de otro. Todo ello parece indicarnos que quizá no estamos propiamente ante una población de frontera sino ante una nación distinta dentro de la responsabilidad civil que habilita entre la contractual y la extracontractual, y que requiere que sea oficialmente reconocida: la nación de los accidentes.

Por otro lado, en el caso de la actividad médica, si encuadramos un hecho dentro de la responsabilidad extracontractual, es posible que lo tipifiquemos dentro de la responsabilidad objetiva?, es decir una responsabilidad con independencia de toda culpa, entrando al plano de la responsabilidad por actividades peligrosas?

En principio la actividad médica es, desde el punto de vista práctico, esencialmente peligrosa porque utiliza equipos y aparatos que notoriamente son peligrosos, de igual forma porque el organismo del paciente está sometido a enormes riesgos por el hecho de estar sometido a un tratamiento.

Si lo vemos desde ese punto de vista, podríamos afirmar que la actividad médica encaja dentro de la hipótesis jurídica contenida en el art. 1970º del Código Civil, ello a propósito de una resolución casatoria expedida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que considera a la actividad médica como una actividad riesgosa, y que existe por lo tanto una especie de culpa virtual; es decir una culpa presunta.

Un amplio sector de la doctrina considera que la culpa sigue siendo el factor de atribución para el caso de la responsabilidad de los médicos en el ejercicio de su actividad, como profesionales de la salud; sin embargo, existe discusión en cuanto a la posible presunción de culpa en la responsabilidad extracontractual, el único tipo de responsabilidad que podría ser discutido es el de responsabilidad por actividades peligrosas. Es decir, entraríamos a discutir si el médico puede ser condenado en base a la responsabilidad establecida en el art. 1970º del Código Civil. La discusión es importante porque si tal forma de responsabilidad fuere aplicable al caso de la actividad médica, el médico se presumiría responsable y solo podría exonerarse mediante la prueba de una causa extraña (caso WHO o fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o hecho exclusivo de la víctima).

En este orden de cosas, no podemos equiparar al riesgo creado por la circulación de un vehículo, con el riesgo desplegado por un médico, pues este no es un riesgo de la misma naturaleza, no es un riesgo querido sino debido. Aquí debemos hacer hincapié en que si bien la responsabilidad por actividades peligrosas se fundamenta en la culpa, es claro que ella se nutre de la teoría del riesgo; es importante precisar ello, pues habrá quienes afirmen que si el médico se beneficia del riesgo creado al recibir una contraprestación entonces es responsable por ello, en sentido contrario podríamos decir que el paciente se beneficia de ese riesgo al recibir el tratamiento dirigido a mejorar su salud, en A sentido es quien debe asumirlo, a menos que exista culpa probada del médico.

Por otro lado, en cierta forma, cuando el médico interviene al paciente, la situación es riesgosa para este, no tanto por la actividad misma del médico, sino por el estado de salud del paciente. Es decir que, no sería extraño pensar que el riesgo lo esté creando realmente el paciente, el médico, en virtud de un deber y de una justificación legal, trata de recuperar la salud del enfermo (riesgo debido). Es en virtud del cumplimiento de un deber que el médico actúa.

La responsabilidad extracontractual por el riesgo creado o por el riesgo beneficio, solo existe cuando la víctima no necesita para nada la actividad riesgosa del agente, y este, sin que exista un deber jurídico de por medio, pone en peligro la vida o la integridad personal de los demás (riesgo querido). Es decir, solo el agente es el creador del riesgo, y es él quien, en forma inconsulta pone en peligro la vida de otros. Pero en la actividad médica no es el médico quien crea el riesgo, ni quien ejerce la actividad peligrosa, por lo tanto, su culpa no puede presumirse.

En este análisis no podemos dejar de pensar en la víctima, nuestra realidad soporta innumerables casos de daños causados por el ejercicio profesional de la medicina (al margen de considerarla o no como actividad riesgosa) ya sea en establecimientos de salud del Estado o de particulares, que muchas veces no son cubiertos por los autores, o en todo caso, después de soportar un proceso largo, se hacen acreedores de una indemnización que no guarda relación con el real daño causado, bajo este contexto cabría pensar en un sistema que nos permita no dejar desamparada a la víctima, creando un sistema de seguro, como ocurre ahora en los casos de accidentes de tránsito con la implementación del seguro obligatorio habrá quienes sostengan que aceptar ello sería admitir que la actividad médica se encuadra dentro del artículo 1970° del Código Civil, es decir en la responsabilidad objetiva, lo cual no compartimos por lo expuesto en este trabajo.

Cuando la “Zona Gris” entre ambos tipos de Responsabilidad. Se encuentra en la mente de los operadores jurídicos.

El proceso que se detalla a continuación es una prueba palpable de cómo en algunos casos, la “zona gris” entre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones y la extracontractual solo es el resultado de la confusión de los operadores jurídicos: un consumidor interpuso una demanda solidariamente por danos a Ultra Grifos S.A. y Shell Perú S.A. debido a un mal servicio de cambio de aceite en su automóvil, invocando los Art. 1981, 1984 y 1969 c.c. (encuadrados sistemáticamente en responsabilidad extracontractual). Se apersono en el proceso el Sol Nacional Compañaa de Seguros y Reaseguros. El Juez del 42 Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Lima, amparo la excepción de falta de legitimidad de Shell Perú S.A., por cuanto su responsabilidad se limitada solo a garantizar la gasolina. Con resolución numero doce, del 11.12.98, el Juzgado declara infundada la demanda con respecto a la compañía aseguradora y fundada contra Ultra Grifos. Parte de la premisa que la compañía de seguros (de acuerdo a la póliza suscrita con el grifo) "se encuentra limitada a las obligaciones que deba asumir el asegurado en virtud a la existencia de responsabilidad extracontractual" y por ello "no se encuentra obligado al pago de indemnización alguna, pues el daño ocasionado al demandante deriva de una responsabilidad civil de índole contractual". Se sustenta esta afirmación argumentando lo siguiente:

"lo que se discute en el caso de autos es la procedencia o no procedencia de una indemnización por danos y perjuicios derivada de una responsabilidad civil de indole contractual, por lo que el juzgado procede a emitir un pronunciamiento en virtud al principio "iura novit curia", es decir que es obligación del Juez aplicar el derecho que corresponde al proceso aunque no haya sido invocado por las partes, con arreglo a lo preceptuado por el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en razón de que desde el momento en que el demandante compró el filtro y el aceite de la demandada

Ultra Grifos Sociedad Anónima, esta se obligó a dar una prestación de servicios que no era otra que el cambio de aceite al vehículo de placa de rodaje 10-5852 de propiedad del demandante, por lo que siendo esto así, se establece que el daño causado al demandante tiene como nexos causales la existencia de un contrato celebrado entre el demandante y Ultra Grifos Sociedad Anónima por el cambio de aceite".

Agregando que:

"si bien es cierto que la demandante demanda indemnización por daños y perjuicios derivada de una responsabilidad extracontractual, pero que de los médicos probatorios aportados al proceso se ha acreditado fehacientemente que la presente se trata de un proceso de responsabilidad contractual; que consiste, cuando el acreedor de una obligación contractual persigue la ejecución por equivalente contra el deudor, el primero obtendrá del segundo una suma de dinero que tenga por objeto compensar la inejecución, la mala ejecución o el retardo en la ejecución de la obligación, esta suma de dinero se califica como indemnización por daños y perjuicios en razón de que repara el daño o perjuicio que resulta de la inejecución o de la mala ejecución del contrato; en efecto, la idea de responsabilidad civil implica la obligación que pesa sobre una persona de reparar el daño causado a otra en el ejercicio de una actividad cualquiera, desde el momento que el daño es imputable a esa actividad".

La Sala Civil Especializada de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución del 14.10.99, declaró nula la sentencia de primera instancia y mandó que se expida un nuevo fallo, atendiendo a que:

"de la fundamentación fáctica y jurídica de la demanda, así como de la respectiva contradicción de la misma formulada por Ultra Grifos Sociedad Anónima, se desprende que la pretensión indemnizatoria se ha enmarcado bajo

las reglas de la responsabilidad extracontractual, amén de que en dicha demanda no se ha expresado situaciones inherentes a inejecución de obligaciones, por lo que en tal caso no es de aplicación el principio "iura novit curia" que preconiza el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil; (...) Que en tal sentido, la sentencia venida en grado no se circunscribe al petitorio de la demanda, habiéndose interpretado en forma distinta los hechos de la misma, no considerándose el marco conceptual bajo el cual se ha entablado la demanda y realizado la defensa, afectándose con ello el debido proceso, consecuentemente se ha incurrido en causal de nulidad prevista por el artículo 171 del Código Procesal Civil".

Con resolución del 17.02.00, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Lima (CAS. 344-2000 LIMA) declara procedente el recuso de casación interpuesto por la compañía de seguros (en ese momento Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros) por transgresión del art. VII del T.P. del C.P.C. Con resolución del 18.05.00, se declaró fundado el recurso, nula la sentencia de vista y se mandó que la Sala Civil expida una nueva decisión, en atención a que:

"En el contrato verbal sobre prestación de servicios como el de autos, existe una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento de un contrato, surge además, 'la violación del deber genérico de no causar daño a otro', lo que según la doctrina ingresa en la esfera de la relación extracontractual. Que, conviene clarificar los alcances del considerando anterior del modo siguiente: a) que la 'causa pretendida' como elemento identificador de la acción, está formada por dos elementos: el fáctico y el jurídico; durante mucho tiempo se ha considerado que la causa de pedir se integraba tanto con los hechos como con la calificación jurídica de estos; sin embargo, la doctrina francesa a partir de la teoría de Motulski (citada por los profesores Santiago Cabanillas Mujica e Isabel Tapia Fernández en su obra 'La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual' - Editorial Centro de Estudios Ramón Araces

Sociedad Anónima - Madrid) (...) `no veía en la causa de pedir mas que el elemento de hecho o de los hechos invocados por el actor, independientemente de su calificación jurídica" (...); que este segundo elemento otorga la libertad que el Juez necesita para definir el conflicto de intereses según la máxima `iura novit curia'; b) que el elemento puramente normativo para su aplicación requiere inevitablemente de la interpretación jurídica de los hechos, criterio recogido por nuestro ordenamiento jurídico en tratamiento sustantivo y procesal que fluye tanto del artículo sétimo del Título Preliminar del Código Civil como del artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, conforme a los cuales 'el Juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o to haya sido erróneamente'; c) que en consecuencia, en una correcta delimitación de la acción, la causa de pedir esta determinada como se ha dicho con los hechos alegados y no con el membrete que puede consignarse como sumilla en el escrito de demanda; (...) Que, concretamente en el caso de autos, de la exposición de los hechos que motivan la de manda se advierte, como se ha dicho, una zona gris o indefinida en la medida que existen hechos que pueden encuadrar tanto en la culpa contractual come' en la extracontractual y es aquí donde surge el problema procesal que puede definirse con el criterio siguiente: 'que es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una y otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber genérico de no causar daño a otro' (obra citada), eligiendo entre una u otra de las acciones que tienden al mismo fin, cual es la reparación del daño causado; queda claro por tanto, que sobre esta proposición el Juez califica jurídicamente los hechos, a menos que el demandado al contestar la demanda cuestione la calificación de la acción, promoviendo un debate jurídico sobre el particular, lo que ha sucedido en el presente caso solo con relación a la demandada Compañía de Seguros y Reaseguros, mas no así, respecto de la demandada Ultra Grifos Sociedad Anónima; (...) Que, el comportamiento procesal expresado en la parte final del considerando anterior ha dado lugar para que el Juez en la resolución de fojas doscientos setenta y cuatro adopte decisiones

diferenciadas entre uno y otro de los demandados y así tenemos: a) que Ultra Grifos Sociedad Anónima al contestar la demanda no discute la calificación de esta como una de responsabilidad extracontractual o contractual, sino que su defensa se ha dirigido a demostrar la falta de relación de causalidad entre el servicio realizado y el daño, como el monto de la indemnización que el demandante persigue; b) en cambio la Compañía de Seguros y Reaseguros absuelve el trámite de la misma negando la acción, por considerar que la indemnización reclamada es de índole contractual y la Póliza del seguro tomada por Ultra Grifos Sociedad Anónima solo le obliga a responder por el asegurado cuando se trata de danos por responsabilidad extracontractual; (...) Que, en este orden de ideas, el Juez a fojas doscientos setenta y cuatro, declara infundada la demanda con relación a la Compañía Nacional de Seguros y Reaseguros, hoy Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros El Sol (sic), y fundada en parte contra Ultra Grifos Sociedad Anónima, ordenando a su vez que esta pague al actor la suma de seis mil dólares americanos por concepto de los danos y perjuicios irrogados (...); Que, tanto el demandante como la demandada Compañía de Seguros y Reaseguros, se han conformado con la sentencia de fojas doscientos setenta y cuatro, apelando de ella únicamente la demandada Ultra Grifos Sociedad Anónima, que si bien contradice la acción en los términos anotados, no discute la decisión del Juez en cuanto interpreta los hechos como de responsabilidad contractual, porque teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, la Sala Civil esta en condiciones de absolver el grado pronunciándose sobre el fondo del asunto, habida cuenta que con relación a la Compañía de Seguros y el demandante, la glosada resolución ha quedado consentida".

La Sala Civil Corporativa Especializada en Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución del 20.09.00, volvió a fallar, limitándose a confirmar la sentencia de la instancia inferior, reformando el monto indemnizatorio a cuatro mil dólares americanos. El grifo interpuso recurso de casación, el cual, con resolución del 30.01.10, fue declarado improcedente por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de

Lima, entre otros argumentos por cuanto los arts. 1331 y 1332 c.c. "son normas con contenido procesal no revisables en el marco de una causal sustantiva". Las reflexiones que motivan estas decisiones son las siguientes:

- i. Respecto de la resolución de primera instancia, debemos tener presente que la aplicación del principio *iura novit curia* debe ser oportuna. En efecto, si el juez al momento de emitir sentencia convierte en contractual una pretensión por resarcimiento de danos extracontractuales, ha infringido el principio del debido proceso. Es importante recordar que (no obstante pueda hacerse una interpretación sistemática) ambos regimenes de responsabilidad establecen distintas reglas en materia de carga de la prueba y plazo prescriptorio, entre otros aspectos. El momento adecuado para aplicar el *iura novit curia* es en la calificación de la demanda (y de la contestación, en su caso) hasta la fijación de puntos controvertidos. No se pueden cambiar las reglas del juego a último momento. Un juez diligente hubiera pedido al demandante que precise su pretensión antes de admitir la demanda (art. 426 c.p.c.).
- ii. En atención a lo expuesto en el punto anterior, me encuentro de acuerdo con la primera decisión de segunda instancia. En casación, en verdad los vocales complicaron las cosas, confundiéndolo todo. Así:
 - a) No cabe hablar en este caso de una "zona intermedia" entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual.
- iii. Evidentemente poco pudo hacer la segunda instancia al emitir su nueva decisión: solo se limito a disminuir el *quantum* indemnizatorio.

CONCLUSIONES

1.- Como se ha demostrado a lo largo de esta investigación, la dualidad de la noción del régimen de la responsabilidad civil ha ocasionado múltiples problemas, especialmente a nivel aplicativo por los órganos jurisdiccionales, ya que los operadores jurídicos emiten sentencias contradictorias y deficientes en fundamentación jurídica en especial cuando se presentan las zonas grises, por lo que se hace necesario la unificación de las teorías.

2.- Se constata que la noción tradicional de la Responsabilidad Civil, que nació el deber jurídico de reparar al reproche de conducta, está siendo superado, ello tiene causa en la idea de que el derecho moderno no mira mas hacia el lado del autor del acto, sino hacia el de la víctima; que interesa más la “la injusticia del daño” que la injusticia de la conducta generadora.

3.- En estos tiempos, el Derecho moderno tiene como fundamento el daño ocasionado a la víctima y como objetivo el debido resarcimiento a esta; por tanto es el daño entonces el criterio que debe orientar hacia la unificación del actual régimen dual de responsabilidad civil.

4.- La denominación de responsabilidad civil esta a punto de ser sustituida por derecho de daños; en el cual se reconoce la centralidad de la persona humana para el derecho, el cual debe preocuparse de la magnitud y consecuencia del daño que esta pudiera sufrir a fin de que no se le prive de una debida indemnización.

5.- El daño es único, se presenta a nivel de responsabilidad contractual o extracontractual por lo siguiente es el factor común de ambos tipos de responsabilidad; entonces se justificara la unificación del sistema de responsabilidad civil.

6.- Es factible proporcionar la unificación de los sistemas de responsabilidad civil, entendiéndose por tal la uniformización del aspecto sustanciales y accidentales de carácter general y la regulación de cosas particulares en normas especiales, por lo que se hace necesario que opere la unificación de las teorías de la responsabilidad.

RECOMENDACIONES

Se deben establecer criterios uniformes, a nivel de abogados y jueces, para evitar demandas con pretensiones imprecisas y sentencias con indemnización “por todo concepto”, así como sentencias dobles.

Los puntos firmen deberían ser los siguientes:

1. El principio de la cosa juzgada, si el daño se constituyo como parte civil en un proceso penal, carece de derecho de solicitar nuevamente una indemnización en un proceso civil.
2. Los abogados deben hacer lo propio en sus pretensiones en las demandas y los jueces deben hacer lo propio en sus sentencias. deberían emplearse formularios en los cuales hayan espacios a llenar respecto del daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona.
3. El demandante debe acreditar el nexo causal y el demandado la ruptura del nexo causal pocas son las demandas en las cuales se acredita el nexo casual. El juez en sus sentencias no debe sustraerse de efectuar el análisis casual
4. Para cuantificar los daños .Si la unidad de referencia en el reglamento una base mínima. Si la unidad de referencia en el reglamento del SOAT es la unidad imperativa tributaria ¿Por qué no crear una propia unidad de referencia?

Bibliografía

- ALTERINI, Anibal. *Derecho de Obligaciones, Civiles y Comerciales*. (1993). Argentina: Edit. A. Perrot.

- CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Traducción de BISBAL. España: Ariel.

- CALLE CASUSO, Lean P. (2002). *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*. Perú: Ara editores.

- COLIN y CAPITANT. (1941). *Curso Elemental de Derecho Civil*. T. I. 2da. Edición. Argentina: Edit. Reus.

- DE VERDA J. R. *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*. (2007). *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Nro. 15.

- DE AGUILAR D., J. (1957). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Traducción de Juan Agustín Moyano e Ignacia Moyano. Perú: Edit. José M. Cajilca.

- DIEZ- PICAZO y GULLÓN. (1982). *Sistema del Derecho Civil*. España: Edit. Tecnos.

- DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. (2003). T. II. Vol. IV. Perú: Fondo Editorial PUCP.

- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2002). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Perú: Edit. Gaceta Jurídica.

- GOMEZ, Jorge Angarita. (1976). *Lecciones de Derecho Civil*. Colombia: Ediciones Tercer Mundo.

- LEON B., José. (1992). *Tratado de Derecho Civil. Teoría General del Contrato*. T.IV. Perú: WG Editor.

- LEYSSER LEÓN, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. (2004). Perú: Normas Legales.

- MOSSET ITURRASPE, J., GHERSI, Carlos A. y otros. *Responsabilidad Civil*. (1992). Argentina: Edit. Hammurabi S.R.L.

- ORGAZ, Alfredo. (1967). *El daño resarcible, Actos Ilícitos*. 2da. ed. Argentina: Depalma.

- REY DE CASTRO, A. (1972). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Perú: Ediciones Lima.

- TABOADA CORDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*, 2da edición. Perú: Grijley.

- TARAMONA, José. (1983). *Manual del Juicio de Divorcio*. Perú: Edit. del Centro.

- VEGA MERE, Yuri. (2005). *Boletín Legal Express*. Perú: Gaceta Jurídica.

DICCIONARIOS

- CABANELLAS, Guillermo. (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. T.I. 5ta.ed. España: Edic. Santillana.

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. (2001). España: Edit. Espasa Calpe.

ANEXOS

**BREVE SINTESIS DE LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS DENOMINADAS
RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL**

	CONTRACTUAL	EXTRA CONTRACTUAL
Factores de atribución	<p>Subjetivo</p> <p>(art. 1321 c.c.)</p> <p>Dolo, culpa inexcusable o culpa leve.</p> <p>(art. 1314 c.c.)</p> <p>Parámetro de la diligencia ordinaria requerida.</p> <p>Objetivo</p> <p>(art. 1325 c.c.)</p> <p>Responsabilidad del deudor si se hace valer por un tercero.</p> <p>(art. 1315 c.c.)</p> <p>Caso fortuito o fuerza mayor.</p>	<p>Subjetivo</p> <p>(art. 1969 c.c.)</p> <p>Dolo o culpa.</p> <p>Objetivo</p> <p>(art. 1970 c.c.)</p> <p>Bien o ejercicio de una actividad riesgosas o peligrosas.</p> <p>(art. 1976 c.c.)</p> <p>Responsabilidad del representante legal del incapaz sin discernimiento.</p> <p>(art. 1979 c.c.)</p> <p>Responsabilidad del dueño del animal.</p> <p>(art. 1980 c.c.)</p> <p>Responsabilidad del dueño del edificio.</p> <p>(art. 1981 c.c.)</p> <p>responsabilidad del principal.</p>
Graduación de la culpa	<p>Culpa inexcusable</p> <p>“negligencia grave”</p> <p>(art. 1319 c.c.)</p>	<p>Culpa</p> <p>(art. 1969 c.c.)</p> <p>Excepto art. 1986 c.c.</p>

	<p>Culpa leve</p> <p>“omisión de diligencia ordinaria”</p> <p>(art. 1320 c.c.)</p> <p>(art. 1328 c.c.)</p>	
<p>Cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad</p>	<p>Son nulas por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se vale. Aún aquellas por culpa leve son nulas si violan obligaciones derivadas de normas de orden público.</p>	<p>(art. 1986 c.c.)</p> <p>Son nulas por dolo o culpa inexcusable.</p>

	CONTRACTUAL	EXTRACONTRACTUAL
<p>Relación de causalidad</p>	<p>Causa próxima</p> <p>“consecuencia inmediata y directa”</p>	<p>Causa adecuada</p> <p>(art. 1985 c.c.)</p>
<p>Carga de la prueba</p>	<p>Dañado debe probar dolo o culpa inexcusable (art. 1330 c.c.)</p> <p>Se presume la culpa leve (art. 1329 c.c.)</p>	<p>Se presume el dolo (sic) y la culpa (art. 1969 c.c.)</p> <p>El descargo corresponde al dañante.</p>
<p>Intervención de terceros</p>	<p>El deudor responde de los actos dolosos del tercero del cual se vale. Salvo pacto en contrario (art. 1325 c.c.)</p>	<p>Se establece la responsabilidad solidaria entre el principal y el que actúa bajo sus órdenes (art. 1981)</p>

		c.c.)
Daños resarcibles	Daño emergente, lucro cesante (art. 1321 c.c.) y daño moral (art. 1322 c.c.)	Las consecuencias que deriven (daño emergente), lucro cesante, daño a la persona y daño moral (art. 1985 c.c.)
Prescripción	10 años (art. 2001, inc. 1)	2 años (art. 2001, inc 4)