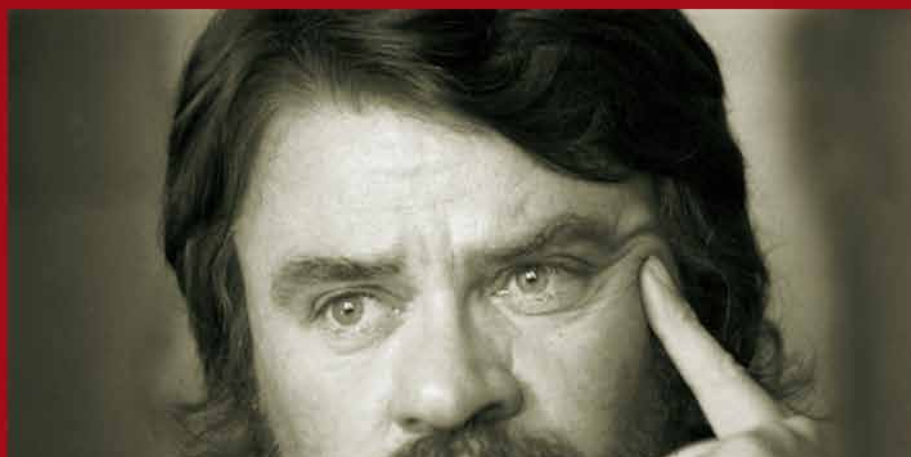


# HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO II



## Capítulo 44

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez  
Alfredo Bullard González  
René Ortiz Caballero  
Carlos Ramos Núñez  
Marcial Rubio Correa  
Carlos A. Soto Coaguila  
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

*Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

[feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/publicaciones](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones)

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-889-0

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

# RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL: HACIA LA UNIFICACIÓN DEL SISTEMA

*Francisco Carreón Romero\**

## 1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil ha sido, es y seguirá siendo uno de los temas más apasionantes del derecho civil, originando que los autores nacionales escriban libros y artículos analizando las teorías que existen sobre sus elementos y formulando propuestas para su reforma.

Sin embargo, de todos ellos, hay un libro que destaca no solo por su lucidez, sino porque trajo una innovación en la metodología del estudio del derecho, combinando aspectos teóricos-filosóficos, con aspectos históricos y complementando el desarrollo de los temas con ejemplos jurisprudenciales, convirtiéndose en una obra de consulta obligatoria para aquellos que se inician o que quieren profundizar temas de responsabilidad civil; nos estamos refiriendo a *La responsabilidad extracontractual*, tomo I y II, del ilustre jurista peruano Fernando de Trazegnies Granda a quien me sumo en este homenaje con el presente artículo.

Creo que el objetivo que se propuso el autor con su obra ha sido logrado largamente, ya que no solo se ha convertido en un trabajo que ayuda a los abogados y a los jueces para desarrollar una mayor riqueza interpretativa; y a los estudiantes a iniciarse en el conocimiento y práctica de esta materia, sino que además, se ha convertido en un «libro clásico» de la responsabilidad civil en el Perú, que perdura en el tiempo, ya que las interpretaciones y las propuestas de su

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Magíster en Derecho Civil por la Universidad Católica Santa María. Vocal de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Profesor principal de la Universidad Nacional de San Agustín. Este artículo fue elaborado con la valiosa colaboración del abogado Luis Giancarlo Torreblanca Gonzáles.

autor, se adelantaron para su época, logrando que a casi veinte años de su obra nadie acuse a este libro de insuficiente.

Por todo ello, en el presente artículo, pretendo analizar la posibilidad de la unificación de los regímenes de responsabilidad civil, utilizando los conceptos e interpretaciones que nos brinda el maestro Fernando de Trazegnies, comparando el desarrollo de nuestra legislación y sus interpretaciones con juristas peruanos de la talla de Francisco García Calderón y José León Barandiarán, entre otros.

Si bien legislativamente se ha desconocido la unificación del sistema; doctrinariamente, se viene discutiendo su viabilidad, pero aún los autores no logran consenso; sin embargo, el problema alcanza su mayor desarrollo en la jurisprudencia, ya que es allí donde los juzgadores se han topado con verdaderos casos grises en los cuales no se puede distinguir las diferencias teóricas de los regímenes de responsabilidad, optando por diversos criterios que hemos intentado recopilar y utilizar en el presente artículo.

## 2. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

El Código Civil de 1852, regulaba en el libro tercero, sección primera, título cuarto, «Los efectos de los contratos» (responsabilidad contractual), señalando que el que celebra un contrato, debe resarcir los daños que resulten de la inejecución o contravención por su culpa o dolo. Asimismo, en su sección séptima, título tercero, regulaba las obligaciones que nacen «de los delitos o cuasi delitos» (responsabilidad extracontractual), estableciendo que cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo (repararlo). Es decir, ya en este texto normativo, los legisladores hicieron la distinción entre la regulación legal de las hoy llamadas responsabilidad contractual y extracontractual, basados en los hechos que constituyen su origen, ya que la primera, proviene de un contrato, mientras que la segunda proviene de un delito o cuasi delito.

Francisco García Calderón, analizando el citado código, nos dice que la responsabilidad puede ser criminal, ya que existe la obligación de reparar los daños y perjuicios que se causen con un delito o cuasi-delito; y civil, ya que hay responsabilidad cuando se falta al cumplimiento de una obligación meramente civil<sup>1</sup> (contrato).

Esta distinción se mantuvo en el Código Civil de 1936, que en su libro quinto, sección primera, título IX, regulaba «Las obligaciones provenientes de los actos ilícitos» (responsabilidad extracontractual), estableciéndose que cualquiera que por sus hechos, descuidos o imprudencia, cause un daño a otro, está

---

<sup>1</sup> GARCÍA CALDERÓN (2003: 680).

obligado a indemnizarlo; mientras que en el libro quinto, sección tercera, título IX se regulaba la «inejecución de obligaciones» (responsabilidad contractual), estableciéndose que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquel que en cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviene a ellas. Con lo que también en este cuerpo normativo se distingue la regulación de aquella responsabilidad que proviene de los llamados actos ilícitos, con relación de aquella que proviene de un contrato, regulándose como dos regímenes de responsabilidades diferentes.

José León Barandiarán, comentando lo dispuesto en el Código Civil de 1936, afirma que el daño causado puede tener un antecedente en un acuerdo convencional, que se viole por una de las partes —causando con ello un daño a la otra—, o puede producirse sin antecedente de tal naturaleza. En el primer caso se habla de responsabilidad contractual; en el segundo, de responsabilidad extracontractual. En la hipótesis de responsabilidad contractual la obligación de reparación surge del contrato: cada parte se ha comprometido a cumplir sus obligaciones asumidas y, al no hacerlo, tiene que indemnizar el daño sufrido por la otra parte. En la responsabilidad extracontractual no hay compromiso especial entre los sujetos; pero como uno de ellos ha causado un daño a otro, el primero debe reparar el daño al segundo; surgiendo esta obligación del mandato de la ley<sup>2</sup>.

Aunándose a esta postura, los legisladores del Código Civil de 1984 también realizan la distinción entre la regulación de la responsabilidad contractual y extracontractual, ya que en el libro VI, sección segunda, título IX, capítulo I, se regula la «inejecución de obligaciones» (responsabilidad contractual), estableciéndose que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Mientras que en el libro VII, sección sexta, se regula la «responsabilidad extracontractual», estableciéndose que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo.

Sin embargo, Fernando de Trazegnies, analizando el Código Civil de 1984, señala que existe unidad en todo el campo de la responsabilidad civil, la cual nos obliga a colocar juntas las normas sobre responsabilidad contractual y extracontractual, ya que uno de los elementos comunes entre ambos tipos de responsabilidad consiste en que las dos derivan su obligación de la ley<sup>3</sup>. Es decir, Fernando de Trazegnies no era partidario de que se considere a la responsabilidad civil como un todo homogéneo e indiferenciado, sino que propició el respeto por la especificidad entre ambos tipos de responsabilidad civil, pero entendiendo que ambos

<sup>2</sup> LEÓN BARANDIARÁN (1961: 76).

<sup>3</sup> DE TRAZEGNIES (1985: 526).

proviene de una sola fuente: la ley; por lo que deben ser tratados en una misma sección, bajo reglas específicas.

En efecto, la diferencia no se hace tan evidente, ya que la revolución industrial trajo consigo la masificación en la producción y venta de bienes y servicios, generando la producción de nuevos daños, los cuales se encuentran en una zona indefinida, confundiendo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, por cuanto los hechos pueden encuadrar tanto en una como en otra. Por ejemplo, en los accidentes de tránsito: Si dos pasajeros que viajaban en un ómnibus interprovincial sufren lesiones o incluso fallecen, ¿debemos distinguir entre la víctima que pagó su boleto de viaje de aquella que no lo pagó? En las prestaciones médicas cuando dos pacientes sufren daños a consecuencia de una inadecuada intervención quirúrgica, ¿debemos distinguir entre el paciente que ingresó por su propia voluntad de aquel que ingresó por emergencia? En los espectáculos públicos cuando dos espectadores hacen cola para ingresar a un concierto, pero por el desorden y mala organización fallecen aplastados por la multitud, ¿debemos distinguir entre el espectador que ya tenía su boleto de aquel que lo iba a comprar?

En todos los casos propuestos, estamos frente a los mismos hechos; sin embargo, según nuestros legisladores, al momento de establecer la responsabilidad civil, debemos distinguir entre una y otra víctima, aplicándoles a unas las normas de la responsabilidad civil contractual y a las otras las de la responsabilidad civil extracontractual.

### **¿Se puede establecer regímenes diferentes para hechos iguales?**

Cuando nuestra jurisprudencia se ha tropezado con este tipo de casos, en los que no se puede definir claramente el régimen que se debe aplicar, ha optado por dos posiciones: «la compatibilidad o coexistencia de ambos regímenes», y, «la incompatibilidad de los regímenes».

En la posición de la compatibilidad o coexistencia de ambos regímenes, tenemos que en un proceso de accidente de tránsito, en el que se demandó indemnización de daños y perjuicios, invocando las normas de la responsabilidad extracontractual; el juez de primera instancia resolvió con las normas de la responsabilidad contractual, por lo que el órgano colegiado superior declaró nula la sentencia, bajo el fundamento de que el juez había resuelto en forma incongruente; sin embargo, la casación 44-2000-Lima<sup>4</sup> anuló la sentencia de vista, estableciendo que ambos regímenes son perfectamente compatibles, ello en virtud de los siguientes fundamentos:

---

<sup>4</sup> Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (25 de agosto de 2000: 6102).

[...] concretamente en el caso de autos, de la exposición de los hechos que motivan la demanda 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 como 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 causado del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber genérico de no causar daño a otro», 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.

Sin embargo, adoptando la otra posición, en un proceso en el que un trabajador minero contrajo la enfermedad profesional de silicosis y demanda indemnización por daños y perjuicios, invocando las normas del régimen de responsabilidad extracontractual, la primera y segunda instancia ampararon la demanda; sin embargo la casación 2334-2002-Lima<sup>5</sup> advirtió que el régimen que corresponde aplicar es el de responsabilidad contractual, por lo que anula la sentencia de vista, y en sede de instancia declaró improcedente la demanda, ello bajo los argumentos siguientes:

[...] la referida enfermedad de silicosis fue adquirida por el demandante durante el desempeño de su prestación laboral como trabajador de la Compañía Minera Huarón Sociedad Anónima, esto es, su presencia en la mina obedecía al vínculo laboral existente entre ambas partes, consistiendo su prestación en la labor minera y la contraprestación por parte del empleador en el abono de la remuneración correspondiente; tercero: que esta situación elimina automáticamente la posibilidad de aplicación de la figura jurídica de responsabilidad objetiva prevista en el citado artículo, toda vez que ella no está regulada para los casos de existencia de un vínculo contractual, en este caso laboral; tanto más si, en autos el sujeto activo o «aquel» que realiza la actividad riesgosa, actividad minera, no es sino el mismo trabajador, por lo que el daño al sujeto pasivo u «otro» no podría ser estimado en perjuicio del mismo trabajador, porque la norma claramente habla de un tercero, distinto o ajeno a aquel que efectúa la actividad riesgosa, vale decir, la misma persona no puede ser sujeto activo y pasivo; cuarto: que de lo anteriormente expuesto se advierte que, sin perjuicio del contenido de carácter laboral que pudiera tener, lo pretendido por el actor está regulado por las reglas de responsabilidad contractual o inexecución de obligaciones; por lo que el actor debió tramitar su acción indemnizatoria en la vía adecuada y no bajo los cauces de la responsabilidad extracontractual; quinto: que las instancias de mérito, lejos de advertir la situación alegada precedentemente, resolvieron en base a las normas de la responsabilidad extracontractual, declarando fundada la demanda, precisando

---

<sup>5</sup> Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (31 de marzo de 2003: 10343).

la resolución de vista que es de aplicación el artículo mil novecientos setenta del Código Civil por considerar que los daños se han producido como consecuencia de que el actor realizaba una actividad riesgosa; norma que, como ya se precisó, resulta impertinente al caso; lo que significa que se ha configurado el primer error jurídico denunciado; el cual es suficiente para casar la sentencia de vista conforme al artículo trescientos noventa y siete inciso primero del Código Procesal Civil.

De todo lo dicho, se desprende que nuestros legisladores han establecido las diferencias entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, optando por diferenciar el tratamiento legal de ambos regímenes; sin embargo, el jurista homenajeado abre la posibilidad de su semejanza y unidad; y un sector de la jurisprudencia casatoria desarrolla esa posibilidad; siendo esta la tarea que en el presente artículo quiero desarrollar.

### 3. ELEMENTOS QUE POSIBILITAN LA COMPATIBILIDAD DE AMBOS REGÍMENES

#### La ley como única fuente de la responsabilidad civil

Uno de los argumentos que se alega para sostener la división de la responsabilidad civil es que mientras la responsabilidad contractual tiene su fuente en el vínculo que une previamente a la víctima y al dañador (contrato), en la responsabilidad extracontractual no existe ningún vínculo que ligue a la víctima con su dañador, por lo que su fuente es la ley.

Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre sostienen que la responsabilidad contractual se deriva del propio contrato, que refleja la voluntad de las partes y que, en principio, es soberana para regir la situación jurídica que se creó. Mientras que la responsabilidad extracontractual, se aplica a propósito de los daños que sobrevienen entre personas que no están ligadas por contrato alguno<sup>6</sup>.

Asimismo, encontramos que la casación 507-99-Lambayeque<sup>7</sup> establece que:

La responsabilidad contractual es aquella que se deriva de un contrato celebrado entre las partes, donde uno de los intervinientes produce daño por dolo, al no cumplir con la prestación a su cargo, o por culpa por la inexecución de la obligación, por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, la cual debe ser indemnizada. Tercero, que, *en la responsabilidad contractual las partes involucradas en el daño, causante y víctima, han tenido un trato previo, o sea se han vinculado voluntariamente y han buscado en común ciertos propósitos, su reunión no es causal o accidental* y, esta reunión se ha producido en torno a obtener un cierto resultado.

<sup>6</sup> OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE (2003: 810).

<sup>7</sup> Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (1 de setiembre de 1999: 3403).

Cuarto, que, *en cambio en la responsabilidad extracontractual, no hay un vínculo previo entre el causante del daño y la víctima*, no existe un texto o acuerdo que establezca la razón por la que se encuentran en contacto (énfasis es nuestro).

Para un sector de la doctrina y parte de la jurisprudencia nacional, la diferencia entre la fuente de uno y otro régimen de responsabilidad, está dada por la existencia de un vínculo que une previamente a las partes y que es la fuente de la obligación indemnizatoria; siendo que en la responsabilidad extracontractual al no existir ningún vínculo que ligue a la víctima con el autor del daño, la fuente obligacional es la ley.

Pero, ¿realmente en la responsabilidad contractual la fuente de la obligación indemnizatoria es el contrato o es la ley?

Jurisprudencialmente tenemos el siguiente caso: un deudor celebra un contrato de reconocimiento de deuda y otorga prenda sin desplazamiento de derechos sobre un vehículo, ello para garantizar el pago de su obligación; ante el incumplimiento, el acreedor pretende ejecutar la garantía prendaria, iniciando un proceso de ejecución de garantías, en el cual se ordena la captura y el depósito del vehículo. Después de un año, en el mismo proceso judicial, se ordena la devolución de la posesión del vehículo al deudor, por lo que este último inicia un proceso de responsabilidad civil extracontractual en contra de su acreedor, ya que se le ha privado de percibir ingresos por el uso del citado vehículo durante todo el tiempo que se lo mantuvo en el depósito. La demanda fue declarada infundada en primera instancia, por cuanto al existir un contrato, la responsabilidad no es extracontractual sino contractual y porque la captura y depósito del vehículo proceden de una resolución judicial firme, constituyendo un ejercicio regular de un derecho<sup>8</sup>; en segunda instancia se revoca la sentencia y se declara fundada la demanda, por cuanto se alega que la responsabilidad es extracontractual, ya que el acreedor sabía que solo se le otorgaba en prenda los derechos y acciones que el deudor poseía en el bien, pero no se otorgaba en prenda el bien como elemento físico, por lo que al solicitar la captura y el depósito del mismo, ha procedido con

---

<sup>8</sup> «[...] la acción planteada en la forma propuesta y con los fundamentos de hecho confusos que aparecen de la demanda de fojas veintidós y siguientes debe ser desestimada, no solo porque no se trata de una responsabilidad extracontractual sino también porque conforme lo admite el mismo actor, el vehículo en cuestión ha sido capturado con motivo de un proceso judicial de ejecución de garantías, que de por sí constituye un proceso regular [...] que tal como aparece de la escritura pública de fojas tres y siguientes, aparejada a la demanda, el accionar legal de quienes son parte en este proceso y en el acompañado, deriva justamente del contrato celebrado entre los mismos, y siendo así no estamos ante la figura extracontractual prevista en el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil, sino de responsabilidades derivadas de dicho contrato». (Expediente 99-135. Resolución 28, segundo juzgado civil de Huamanga, Ayacucho. 23 de mayo del 2000, fojas 118).

dolo y uso abusivo de un derecho<sup>9</sup> mientras que la casación 3230-00-Ayacucho sin hacer mayor análisis sobre el tipo de responsabilidad, revoca la sentencia de segunda instancia y confirma la de primera instancia que declara infundada la demanda, atribuyendo el ejercicio regular del derecho como factor de inmunidad; en el ámbito de la responsabilidad extracontractual<sup>10</sup>.

En el caso propuesto, aquellos que defienden la posición separatista, sostendrían que por la existencia de un contrato con obligaciones específicas, simplemente se debe aplicar el régimen contractual.

Pero el caso no es tan simple, ya que existe un vínculo contractual que une a la víctima y al dañador —contrato de constitución de garantía prendaria—, sin embargo, el régimen a aplicarse aún no está definido, ya que para la primera instancia, si bien opta por el contractual por la existencia del vínculo; empero recurre a la inmunidad del régimen extracontractual referente al ejercicio regular de un derecho; mientras que para la segunda instancia la obligación de indemnizar

---

<sup>9</sup> «[...] el demandado Max Solórzano García solicitó la captura del vehículo a pesar de que sabía y tenía conocimiento que mediante escritura de constitución de hipoteca predial y prenda sin desplazamiento, que el demandante Félix Martínez Gutiérrez en su cláusula cuarta constituye prenda sin desplazamiento en los derechos y acciones que le corresponde en el vehículo de placa de rodaje número WO-9580, por cuanto dicho bien era de propiedad de la sociedad conyugal habida con su cónyuge doña Alicia Saavedra Quispe, es decir, había constituido prenda en cuotas ideales del vehículo más no así en todo el bien mueble, y pese a ello logró la inmovilización del vehículo tantas veces indicado por más de un año, perjudicando de esta manera al hoy demandante [...] de conformidad a lo dispuesto por el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil vigente, aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo, correspondiendo el descargo por falta de daño o culpa a su autor, por lo que habiendo el demandado Max Solórzano García solicitado la captura y posterior inmovilización del vehículo dedicado a carga, en forma indebida, se encuentra en la obligación de indemnizarlo, quedando demostrado la existencia de un uso abusivo de un derecho» (expediente 99-135, resolución 24, sala especializada en lo civil, 03 de octubre del 2000, fojas 147).

<sup>10</sup> «Que, en el caso submateria se le imputa al demandado haber logrado la captura e inmovilización del vehículo de propiedad del demandante, ocasionándole un daño económico al no poder contar con una herramienta de trabajo; al respecto, debe tenerse en cuenta que la orden de captura y el depósito del vehículo emanaron de resoluciones judiciales expedidas en un proceso de ejecución de garantías, iniciado por el demandado Max Solórzano García en ejercicio regular de un derecho, con la finalidad de asegurar y satisfacer la obligación garantizada con una prenda sobre el vehículo que el propio demandante había constituido; incluso en el citado proceso de ejecución de garantías ambas instancias ampararon la demanda, lo cual también evidencia que no hubo una actitud maliciosa en la interposición de la demanda y en la solicitud de inmovilización del vehículo, máxime cuando el propio demandante no apeló oportunamente las resoluciones que ordenaban la captura y el depósito del vehículo. Quinto: Que, en consecuencia, los hechos que se le imputa al demandado se derivan del ejercicio regular de un derecho, razón porque la sala de revisión al haber revocado la apelada y declarado fundada la demanda de indemnización por responsabilidad extracontractual, ha inaplicado lo dispuesto en el artículo 1971 inciso 1 del Código Civil que establece que no hay responsabilidad cuando se actúa en el ejercicio regular de un derecho» (casación 3230-00-Ayacucho. Publicada en CD explorador jurisprudencial 2005-2006. Data 20000, Gaceta Jurídica S.A.).

resulta del ejercicio abusivo de un derecho; y finalmente para la corte suprema, confirmando la de primera instancia, también recurre al criterio de inmunidad del ejercicio regular de un derecho; optando por el régimen extracontractual, a diferencia de la primera instancia.

Estamos pues ante un tema complejo y difícil, que en la misma jurisprudencia se refleja.

Al respecto, Fernando de Trazegnies dice que la obligación de reparar tiene siempre una fuente común, no es que en unos casos la obligación sea adjudicada a una determinada persona por un contrato, y en otras por la ley. En todos los casos, ya se trate de daño producido por incumplimiento de una promesa previamente constituida o por un daño socialmente intolerable o por un accidente, la obligación de reparar es creada por la ley. Ni aun el contrato crea la responsabilidad llamada contractual<sup>11</sup>.

En este mismo sentido, Eduardo Seminario Stulpa sostiene que la voluntad y la ley siempre concurren en mayor o menor grado según las circunstancias, como fuente de las obligaciones. Como consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que si bien la voluntad es el elemento primordial en materia contractual, no es menos cierto que la ley participa respaldando esa voluntad. Dicho de otro modo, la voluntad requiere de la cooperación de la norma jurídica. La voluntad respaldada por la norma jurídica es, en consecuencia, la fuente de la relación obligatoria derivada del contrato no de la obligación de indemnizar, ya que esta proviene de la ley, teniendo a la voluntad como antecedente<sup>12</sup>.

### **La reparación del daño como finalidad común**

El Código Civil de 1852 estableció, para ambos tipos de responsabilidad, la obligación de reparar los daños causados (artículos 1265<sup>13</sup> y 2191<sup>14</sup>) comentando Francisco García Calderón, que la regla general para la responsabilidad civil, es que «el que causa un menoscabo (daño) a otro, está obligado a la reparación»<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> DE TRAZEGNIES (1985: 504).

<sup>12</sup> SEMINARIO STULPA (1995: 331).

<sup>13</sup> Artículo 1265: «El que celebra un contrato, no solo está obligado a cumplirlo, sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inexecución o contravención por culpa o dolo de la parte obligada».

<sup>14</sup> Artículo 2191: «Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo. El padre, y a su falta la madre, están igualmente obligados por los perjuicios que causen los hijos que tienen bajo su patria potestad. El guardador, lo está por los perjuicios que causen sus menores o los incapaces que tiene a su cargo. El maestro por los que causen sus aprendices. Y en general, el que tenga a otro bajo su cuidado, por los daños que este cause».

<sup>15</sup> GARCÍA CALDERÓN (2003: 680).

Asimismo, el Código Civil de 1936, sin distinción del régimen, estableció que existe la obligación de indemnizar los daños causados (artículos 1136<sup>16</sup> y 1323<sup>17</sup>). Por ello, José León Barandiarán dice que el objeto de la responsabilidad civil es que el lesionado obtenga del lesionante el resarcimiento del daño causado, el cual comprende tanto la pérdida sufrida como lo dejado de ganar, así como el daño moral<sup>18</sup>.

Del mismo modo, nuestro Código Civil actual establece que aquel que cause un daño está obligado a indemnizarlo (artículos 1321<sup>19</sup> y 1969<sup>20</sup>). Al respecto, Fernando de Trazegnies dice que prácticamente todos los sistemas de responsabilidad extracontractual otorgan una importancia prioritaria al objetivo de colocar materialmente a la víctima, en la medida de lo posible, en el estado en que se encontraba antes del daño: la responsabilidad extracontractual tiene una función reparativa<sup>21</sup>; asimismo, la responsabilidad vinculada a la existencia de una promesa previa —responsabilidad contractual y responsabilidad derivada de la promesa unilateral— tiene como finalidad principal el resarcimiento de quién confió en la palabra dada<sup>22</sup>.

Es decir, tanto la responsabilidad civil contractual como la responsabilidad civil extracontractual, tienen la finalidad legal de buscar la reparación de los daños causados; sin importar el hecho que los originó.

Jurisprudencialmente tenemos que la casación 1312-96-Lambayeque<sup>23</sup> establece que: «los límites y diferencias de la responsabilidad contractual y extracontractual se han atenuado tanto por el movimiento doctrinario como por la corriente legislativa

<sup>16</sup> Artículo 1136: «Cualquiera que por sus hechos, descuidos o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo».

<sup>17</sup> Artículo 1323: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato».

<sup>18</sup> León Barandiarán [1961: 79].

<sup>19</sup> Artículo 1321: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída».

<sup>20</sup> Artículo 1969: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor».

<sup>21</sup> DE TRAZEGNIES (1985: 16).

<sup>22</sup> DE TRAZEGNIES (1985: 508).

<sup>23</sup> Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (3 de enero de 1998: 351).

contemporánea, en búsqueda de un sistema unitario de la responsabilidad civil cuyo núcleo gire en torno a la prevención del daño y en la reparación de la víctima».

Asimismo, la casación 344-2000-Lima<sup>24</sup> establece que: «[...] es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una y otra acción cuando el hecho causado del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber genérico de no causar daño a otro, eligiendo entre una u otra de las acciones que tienden al mismo fin, cual es la reparación del daño causado».

Por lo dicho, podemos concluir, junto con Juan Espinoza que, legal y jurisprudencialmente, la responsabilidad civil es una técnica de tutela de los derechos —u otras situaciones jurídicas— que tiene por finalidad imponer al responsable —no necesariamente autor— la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado<sup>25</sup>. De ello se deriva la consecuencia de que no es admisible hablar de diversos géneros de responsabilidad civil, ya que la responsabilidad, en su conjunto, busca la reparación del daño causado a la víctima.

### **El daño como elemento común**

Fernando de Trazegnies dice que la responsabilidad civil se establece sobre la base de un elemento central, que debe ser jurídicamente tratado: la existencia de un daño. Siempre que hay un daño que debe ser reparado por alguien, estamos frente a un caso de responsabilidad civil. No importa si ese daño surge dentro de un contexto de relaciones contractuales o como consecuencia de un delito o de un acto prohibido por la ley o de un abuso de un derecho o por una negligencia del causante o simplemente por el azar, ni si el daño era estadísticamente evitable o no. Lo que cuenta es que, cualquiera que sea la forma como se produjo y cualquiera que sea la solución jurídica que se otorgue al problema de atribución y redistribución del peso económico, estamos en presencia de un daño que la sociedad considera que debe ser resarcido<sup>26</sup>.

Asimismo, Eduardo Seminario Stulpa señala que el tratamiento unitario de la responsabilidad civil no solo se justifica por razones de orden práctico sino fundamentalmente de orden conceptual. Tal afirmación encuentra su fundamento en el hecho de que tanto la responsabilidad contractual como la responsabilidad extracontractual tienen el mismo presupuesto: el daño<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (25 de agosto de 2000: 6102).

<sup>25</sup> ESPINOZA ESPINOZA (2002: 29).

<sup>26</sup> DE TRAZEGNIES (1985: 501).

<sup>27</sup> SEMINARIO STULPA (1995: 333).

Y, finalmente, Juan Espinoza opina que en la responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones se vulnera también un derecho (el de crédito). Por consiguiente, tanto en este tipo de responsabilidad como en la responsabilidad extracontractual o aquiliana se lesionan derechos o legítimos intereses y ello refuerza la posición que sostiene que la responsabilidad civil es una sola y no se justifica una disparidad de tratamiento frente a la reacción por un daño ocasionado<sup>28</sup>.

Recogiendo las posiciones doctrinarias antes anotadas, la jurisprudencia también ha propuesto que el sistema de responsabilidad civil necesita de la presencia de un daño, ya que la casación 12-2000-Cono Norte<sup>29</sup> establece que:

En nuestro sistema de responsabilidad civil —sin distinguir entre responsabilidad contractual o extracontractual—, rige la regla según la cual el daño, definido este como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales al daño emergente y lucro cesante, y daños extrapatrimoniales al daño moral y al daño a la persona.

De lo dicho, se desprende que habrá responsabilidad civil, si previamente existe un daño, sin importar si este daño proviene o no de la inejecución de una obligación. Es decir, el daño se constituye como el elemento común de ambos regímenes, ya que no se puede hablar de responsabilidad contractual o extracontractual, sin su existencia. Sin embargo, si el daño sufrido por el pasajero que pagó su boleto y el que no lo pagó; o el daño del paciente que acudió voluntariamente a un hospital y el que fue llevado de emergencia, es el mismo o tiene las mismas consecuencias: ¿por qué debemos indemnizar o atribuir la responsabilidad civil de manera diferente?

Creo que no existe ninguna razón que justifique la atribución de efectos diferentes al daño ocasionado a un mismo bien jurídico (vida, integridad, salud) y que lesiona un mismo interés (bienestar, realización personal, tranquilidad), por lo que se les debería atribuir efectos iguales.

#### 4. LAS DIFERENCIAS LEGISLATIVAS SON APARENTES

##### La extensión del daño

Se sostiene que existen cuatro diferencias: en la contractual su extensión es más restringida, porque se indemniza el daño «directo e inmediato» y tratándose de culpa leve solo el «daño previsible» (artículo 1321 del Código Civil<sup>30</sup>); en cambio,

<sup>28</sup> ESPINOZA ESPINOZA (2002: 33).

<sup>29</sup> CD Explorador Jurisprudencial. Data 20000. Gaceta Jurídica S.A.

<sup>30</sup> Artículo 1321: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la

en la responsabilidad extracontractual no se hace esa distinción. Asimismo, en la responsabilidad contractual no se repara el daño a la persona, mientras que en la responsabilidad extracontractual se lo tiene en cuenta para efectos de la indemnización. Al respecto se debe tener en cuenta lo siguiente:

a) En lo que se refiere al daño directo, la doctrina no le ha dado un tratamiento como tal, identificándolo, por oposición, con los daños indirectos; sin embargo, aun la noción de daños indirectos puede contener diversos significados, en ese sentido, Fernando de Trazegnies dice que unas veces, el daño indirecto resulta equivalente al daño extrapatrimonial; otras veces, se usa para señalar la falta de ganancia originada por el perjuicio, como un elemento distinto y complementario al daño corporal (lucro cesante). También se ha empleado esta expresión para distinguir los perjuicios que no son sufridos por la primera víctima (víctima directa) sino por otras personas a través de una cascada causal de daños<sup>31</sup>.

Considero que no se puede pretender identificar el daño indirecto con el daño extrapatrimonial o con el lucro cesante, ya que estos últimos daños tienen una definición propia, por lo que se debe rechazar estas acepciones; asimismo, la última acepción confunde el daño con la relación de causalidad, ya que en la relación causal se establece todos los hechos que son causa del daño, y que por tanto hacen al dañador causante de ellos, surgiendo las teorías de la causa próxima y causa adecuada; mientras que en el tipo de daño, solo se identifica la naturaleza y extensión de la afectación sufrida por la víctima; razón por la que también rechazamos esta acepción; e identificamos el concepto de daño directo con el de la «afectación personal de la víctima»; por lo que estando a lo expuesto por Jorge Beltrán, si el daño se concibe como un menoscabo a un interés —diferenciado con el bien jurídico que es concretamente afectado—, la víctima no necesariamente va a ser el sujeto que es afectado de forma concreta sino también aquel cuyo interés se ve perjudicado<sup>32</sup>.

Es decir, cuando se pretende hacer la distinción de los regímenes de responsabilidad civil, se dice que en el régimen contractual solo se repara el daño directo, pero teniendo en cuenta que el daño directo es la afectación personal que sufre la víctima, podemos concluir que nadie puede ser indemnizado por el daño de otro, por lo que este requisito se cumple en ambos regímenes de responsabilidad civil; ya que resultaría ilógico pensar que mientras en la responsabilidad contractual se requiere que la afectación sea personal (daño directo), en la responsabilidad

---

obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución. Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída».

<sup>31</sup> DE TRAZEGNIES (1985: 18).

<sup>32</sup> BELTRÁN PACHECO (2001: 4).

extracontractual, se puede demandar por un daño ajeno, sin tener la representación de la víctima (daño indirecto), ya que ello contravendría lo dispuesto por el artículo VI del título preliminar del Código Civil<sup>33</sup>.

b) El daño inmediato, también ha sido relacionado con la causalidad inmediata o próxima y con el daño futuro; ya que se sostiene que cuando nuestro Código Civil hace mención a las «consecuencias inmediatas» se está refiriendo a que la causalidad es próxima o que el daño a indemnizarse es el daño presente y no el daño futuro; sin embargo, en este punto nos limitaremos a lo relacionado con el daño futuro, ya que el tema de la causalidad será tratado más adelante.

Según Fernando de Trazegnies, cuando hablamos de daño futuro, nos referimos al daño que todavía no se ha producido al momento de sentenciar, pero que puede preverse con toda seguridad que ocurrirá más tarde, como consecuencia retardada del mismo hecho dañino. Por consiguiente, el daño futuro no es propiamente tal, sino que está ya implícito en el acto dañino: es el daño presente que se prolonga en el futuro, pero que nace en el mismo pasado del acto dañino<sup>34</sup>.

Quienes sostienen la separación de los dos regímenes de responsabilidad, afirman que en la responsabilidad contractual solo se indemnizan los daños presentes o inmediatos, mientras que en la responsabilidad extracontractual se indemnizan los daños presentes o inmediatos y los daños futuros o mediatos; sin embargo, estando a la definición citada, los daños futuros deben de tener una manifestación presente para que puedan ser indemnizados, es decir, el requisito de certeza de los daños futuros nos lleva a pensar de que dichos daños tienen una parte presente y una parte «aparentemente» futura, como prolongación del daño presente; con lo cual, aun en la responsabilidad contractual se tendría que indemnizar los daños mal llamados futuros, ya que estos son una prolongación de los daños presentes.

c) El tercer concepto de «previsibilidad», toda la doctrina y jurisprudencia lo refiere al factor de atribución como el deber de previsión como conformante del deber de diligencia o al factor de exoneración como un requisito del caso fortuito y fuerza mayor, que ocurren en ambos supuestos de responsabilidad.

d) El daño a la persona: otra diferencia aparente la encontramos en que mientras en el artículo 1322 del Código Civil<sup>35</sup> (inejecución de obligaciones), se habla de que la responsabilidad contractual comprende el daño moral, en el

---

<sup>33</sup> Artículo VI: «Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción solo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley».

<sup>34</sup> DE TRAZEGNIES (1985: 19).

<sup>35</sup> Artículo 1322: «El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento».

artículo 1985 del mismo cuerpo legal<sup>36</sup> se dice de que en la responsabilidad extracontractual se indemniza el daño moral y el daño a la persona.

En la exposición de motivos del artículo 1322, cuyo ponente es el doctor Felipe Osterling, se establece que:

El artículo 1322 contiene una regla novedosa y de importancia relevante en la legislación peruana. Ella se refiere al daño moral por inejecución de las obligaciones. Daño moral es el daño no patrimonial, es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquellos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral, originan, además, un daño material<sup>37</sup>.

Fernández Sessarego dice que el daño subjetivo o daño a la persona es aquel cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta la muerte. Dada la complejidad del ser humano, los daños pueden afectar alguna o varias de sus múltiples manifestaciones. Como el ser humano es una unidad sicosomática sustentada en la libertad, los daños que contra ella se cometan pueden lesionar alguno o varios de los aspectos somáticos o síquicos del sujeto o incidir en su propia libertad<sup>38</sup>.

Como se observa, no existe una diferencia sustancial entre lo que la exposición de motivos del artículo 1322 establece como daño moral y lo que Fernández Sessarego afirma que es el daño a la persona, por lo cual, se debe entender de que aun en la responsabilidad contractual se indemniza el daño a la persona. Más aún si tenemos en cuenta que en la exposición de motivos del artículo 1985 se comenta que: «No se explica por qué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de ‘el daño a la persona’».

Es decir, cuando se redactó el Código Civil de 1984, no existía una diferencia clara entre el daño moral y el daño a la persona, por lo que se pensaba que ambos eran un mismo daño; por lo que la inclusión del «daño a la persona» en la responsabilidad extracontractual y, no en la contractual, no puede tomarse como si los legisladores hubieran querido restringir la extensión de la indemnización del daño contractual, siendo viable su reparación en cualesquiera de los

---

<sup>36</sup> Artículo 1985: «La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño».

<sup>37</sup> REVOREDO (1985: 449).

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO (2000: 15).

regímenes de la responsabilidad. Tan es así, que en el actual proyecto de reforma del Código Civil se ha incluido el daño a la persona como un daño indemnizable por inexecución de obligaciones<sup>39</sup>.

### La injusticia del daño

En ambos regímenes el daño debe ser antijurídico o ilícito, en otras palabras, para que exista obligación de reparar, la conducta del dañador debe ser contraria al ordenamiento jurídico; salvo que exista una causa de justificación —ejercicio regular de un derecho, legítima defensa y estado de necesidad—<sup>40</sup> o convenio —de irresponsabilidad o asunción del riesgo—.

Lizardo Taboada afirma que la antijuricidad es uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad civil en general, sea esta contractual o extracontractual. Es decir, es necesario que la conducta sea ilícita, antijurídica o ilegítima, para poder dar nacimiento a la obligación legal de indemnizar y por ende a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual o contractual<sup>41</sup>.

Como vemos, en la concepción tradicional ya existía consenso en que el daño debe ser antijurídico o ilícito, ya sea este contractual o extracontractual. No obstante, creo necesario hacer la salvedad de que si bien los autores citados, utilizan los términos tradicionales de antijuricidad o ilicitud del daño, nosotros preferimos el término de «injusticia del daño», ya que, junto con Eduardo Seminario Stulpa, no es la antijuricidad o ilicitud del obrar del agente el elemento determinante para calificar un supuesto de hecho como uno de responsabilidad civil, sino que lo fundamental es la injusticia del daño padecido por la víctima. Por lo que el solo padecimiento del daño por la víctima lo hace injusto; y, por

---

<sup>39</sup> Artículo 1322. Daño al sujeto de derecho. Daño moral. El daño a la persona, así como el daño moral, cuando se hubieran irrogado, también son susceptibles de reparación. Exposición de motivos: La propuesta tiene por propósito armonizar el contenido de este artículo con el del artículo 1985 que distingue claramente, en relación con la responsabilidad extracontractual, el daño a la persona y el daño moral. Ambos pueden irrogarse también en el ámbito obligacional. Si bien, conforme a la exposición de motivos del artículo 1322 vigente, la expresión daño moral se utiliza entendiéndola en su sentido amplio —de modo que comprende también lo que propiamente constituye el daño a la persona—, dado que el artículo 1985 los diferencia, se justifica precisar los conceptos para evitar dudas en cuanto a sus reales alcances. (en <[www.minjus.gob.pe](http://www.minjus.gob.pe)> 29 de agosto del 2006).

<sup>40</sup> Artículo 1971: «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».

<sup>41</sup> TABOADA (2001: 29-30).

lo tanto, generador de responsabilidad contractual o extracontractual, salvo la existencia de una causa de inmunidad que pueda alegar el agente, la cual tendría como efecto el calificar de no injusto el daño<sup>42</sup>.

Existen supuestos en los cuales la conducta no es antijurídica ni ilícita, porque el daño está permitido por la ley; pero de igual forma se debe indemnizar a la víctima, por ser injusto que la víctima asuma el daño. Por ejemplo, el caso del vecino que para salvar su predio está autorizado para realizar obras o destruir parte del de su vecino (daño), pero debe pagar una indemnización<sup>43</sup> o, en el caso del copropietario, que puede usar de forma exclusiva el bien común (daño), pero tiene que indemnizar a los otros copropietarios que no lo usan<sup>44</sup>.

En ambos casos, los comportamientos están permitidos por la ley, por lo que no pueden ser considerados como ilícitos o antijurídicos; sin embargo, los autores deben de indemnizar a las víctimas, es por esta razón que creemos que el requisito del daño indemnizable no es que sea antijurídico (contrario a derecho) o ilícito (contrario a las normas), sino más bien que sea «injusto».

### Un solo nexos causal

Como ya se dijo anteriormente, quienes sostienen la división de los regímenes de la responsabilidad civil, afirman que en la responsabilidad contractual se utiliza el criterio de la causa próxima; mientras que en la responsabilidad extracontractual se utiliza el criterio de la causa adecuada; al respecto, Felipe Osterling y Mario Castillo Freyre opinan que la teoría de la causa próxima parecería haber sido asumida en el Perú por el sistema de responsabilidad civil contractual (inejecución de obligaciones) en el artículo 1321 del Código Civil de 1984, cuando utiliza la expresión «consecuencia inmediata y directa», sin que tal adopción haya sido excluyente<sup>45</sup>, mientras que cabe precisar que la teoría de la causa adecuada parecería haber sido asumida por el sistema de responsabilidad civil extracontractual en el artículo 1985 del Código citado, postulando un criterio de «razonabilidad» y «probabilidad» para la realización del análisis de las condiciones, al referirse a la necesidad de que exista «una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido»<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> SEMINARIO STULPA (1995: 334).

<sup>43</sup> Artículo 959: «El propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual o inminente, pero se le indemnizará por los daños y perjuicios causados».

<sup>44</sup> Artículo 975: «El copropietario que usa el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás, debe indemnizarles en las proporciones que les corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo 731».

<sup>45</sup> OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE (2003: 506).

<sup>46</sup> OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE (2003: 511).

En este mismo sentido, Rómulo Morales Hervias afirma que el Código Civil peruano regula la teoría de la causa adecuada en materia de responsabilidad extracontractual y en el incumplimiento de las obligaciones se asume la teoría de la causa próxima<sup>47</sup>.

Nuestro Código Civil no ha determinado de manera expresa y excluyente que para la inexecución de las obligaciones se debe adoptar la teoría de la causa próxima, siendo esta afirmación una interpretación que, algunos autores, le dan al segundo párrafo del artículo 1321<sup>48</sup>. Sin embargo, existe otra posición que afirma que lo dispuesto por la norma antes citada no se refiere a la relación de causalidad (causa del hecho) sino, más bien, a la determinación de las consecuencias dañosas y, más puntualmente, a aquellas que el responsable deberá resarcir; por lo que se puede hacer una interpretación analógica de la regla contemplada en el artículo 1985 del Código Civil, que se refiere a la teoría de la causalidad adecuada, con el fin de aplicar esta teoría al sistema de la inexecución de obligaciones<sup>49</sup>.

En efecto, la regla establecida en el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil, no contiene un precepto claro y definido sobre la teoría de la causalidad aplicada en la responsabilidad por inexecución de obligaciones, situación diversa a la que se presenta en la responsabilidad civil extracontractual, en la cual el artículo 1985 del Código antes citado, establece de manera clara y contundente que la teoría a aplicarse es la de la causa adecuada; por lo que no se puede afirmar que el legislador haya querido distinguir el nexo causal entre los regímenes de responsabilidad civil, ya que el segundo párrafo del artículo 1321 admite varias interpretaciones.

De Trazegnies al referirse a las consecuencias inmediatas y directas en los códigos civiles italianos y franceses sostiene, citando a los Mazeud, que la expresión «daño directo» debe ser entendida como daño necesario o consecuencia necesaria, porque no se trata de reparar solo el primer perjuicio sino también el segundo y todos los demás, siempre que exista relación de causalidad<sup>50</sup>.

Más aún si se tiene en cuenta que, tal como lo dice el mismo de Trazegnies, la teoría de la causa próxima presenta problemas porque tiende a echar una cortina de humo que hace invisible la responsabilidad de quienes se encuentran detrás del agente inmediato del daño. Este tipo de planteamientos haría excesivamente

<sup>47</sup> MORALES HERVIAS (2005: 336).

<sup>48</sup> Artículo 1321: «[...] El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución [...]».

<sup>49</sup> PAZOS HAYASHIDA (2004: 920).

<sup>50</sup> DE TRAZEGNIES (1985: 337).

estrecho —y muchas veces injusto— el campo de la causalidad<sup>51</sup>; por esta razón, el Código Civil peruano prescribe expresamente que la causalidad que debe ser analizada, desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, es la «adecuada» (aunque el autor prefiere llamarla «causa normal»)<sup>52</sup>.

Es decir, la causa próxima resulta restrictiva e injusta, ya que libera de responsabilidad a aquellos dañadores que no han participado corporalmente en el hecho dañoso, pero que si han contribuido a que este se realice; por lo que si se pretende aplicar la causa próxima en la responsabilidad por inejecución de obligaciones, se estaría restringiendo, de manera injustificada, el número de agentes causantes del daño.

En ese sentido, Juan Espinoza sostiene que la teoría de la causa próxima fue utilizada por los operadores jurídicos como el producto de una política tendiente a proteger los intereses económicos de los dueños de las fábricas o de las empresas ferroviarias, haciendo que sean responsables (únicamente) sus dependientes en tanto causante directos o próximos del daño ocurrido, teniendo como consecuencias que la víctima terminaba con asumir los costos de sus daños<sup>53</sup>.

En la exposición de motivos del artículo 1321 se sostiene que «[...] el segundo párrafo del artículo 1321 comentado, consigna otro precepto importante: la indemnización debe comprender todos los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, trátense de daños y perjuicios previstos o no previstos [...]»<sup>54</sup>.

Nótese que no se hace referencia a los agentes causantes del daño, sino más bien se refiere a las consecuencias que genera el daño —punto que desarrollamos cuando tratamos el daño directo y el daño inmediato—; por lo que me adhiero a la posición que Juan Espinoza propone, en el sentido de que la interpretación del segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil, va más allá de su literalidad, entendiéndose que no regula el aspecto de la relación de causalidad, sino el límite del *quantum* resarcitorio<sup>55</sup>.

Conjuntamente con los argumentos antes expuestos, el criterio de la causa próxima, es contradictorio a la función principal de la responsabilidad civil en general, ya que si se pretende reparar o satisfacer los intereses lesionados con el daño, no se puede restringir el número de agentes dañadores, liberando de manera injustificada a aquellos que si bien no han participado de manera corporal

<sup>51</sup> DE TRAZEGNIES (1985: 287).

<sup>52</sup> DE TRAZEGNIES (1985: 293).

<sup>53</sup> ESPINOZA ESPINOZA (2002: 118).

<sup>54</sup> REVOREDO (1985: 448).

<sup>55</sup> ESPINOZA ESPINOZA (2002: 120).

en el hecho dañoso, sí han contribuido en la producción del daño; ya que ello conllevaría a la disminución de las expectativas de reparación que tiene la víctima, obligándola a internalizar un daño injustamente causado, contraviniendo, en última instancia, la función reparadora o satisfactiva de la responsabilidad civil.

### La diligencia posible como factor de atribución común

Quienes sostienen la incompatibilidad de los regímenes de responsabilidad civil, afirman que en la responsabilidad contractual se admite únicamente el factor de atribución subjetivo (artículo 1314)<sup>56</sup> mientras que en la responsabilidad extracontractual se admite el factor de atribución subjetivo (artículo 1969)<sup>57</sup> y objetivo (artículo 1970)<sup>58</sup> por lo que no se puede alegar «el riesgo» en el régimen de responsabilidad contractual<sup>59</sup>.

Asimismo, se afirma que en la responsabilidad contractual existe una presunción de que el incumplimiento se debe a culpa leve del deudor (artículo 1329)<sup>60</sup>, el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados (artículo 1333)<sup>61</sup>. Mientras

---

<sup>56</sup> Artículo 1314: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

<sup>57</sup> Artículo 1969: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor».

<sup>58</sup> Artículo 1970: «Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo».

<sup>59</sup> «Dado que lo pretendido por el demandante está regulado por las reglas de la responsabilidad contractual o de inexecución de obligaciones, el actor debió tramitar su pretensión indemnizatoria mediante la acción pertinente, y no bajo los causes de la responsabilidad extracontractual [...] las instancias de mérito, lejos de advertir la situación alegada precedentemente, resolvieron en base a las normas de la responsabilidad extracontractual, declarando fundada la demanda, precisando la resolución de vista que es de aplicación el artículo 1970 del Código Civil, por considerar que los daños se han producido como consecuencia de que el actor ha realizado una actividad riesgosa [...]. Por lo que declararon *fundado* el recurso de casación, en consecuencia *nula* la resolución de vista, y actuando en sede de instancia *revocaron* la apelada; y, *reformándola* declararon improcedente la demanda» (casación 3166-2000-Lima, publicada en la separata especial de sentencias en casación, del diario oficial El Peruano (2 de julio de 2001: 7348).

<sup>60</sup> Artículo 1329: «Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

<sup>61</sup> Artículo 1333: «Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. No es necesaria la intimación para que la mora exista: 1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente. 2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla. 3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación. 4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor».

que en la responsabilidad extracontractual, el descargo por falta de dolo o de culpa corresponde a su autor (artículo 1969<sup>62</sup> y<sup>63</sup>.

A continuación, analizaremos cada uno de los argumentos señalados.

### *1. El factor objetivo en la responsabilidad por inexecución de obligaciones*

Antes de analizar si es viable o no la aplicación de un criterio objetivo en la responsabilidad contractual, debemos establecer el nivel de diligencia que el deudor debe mantener en el cumplimiento de la obligación.

El Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1267 que «la culpa es lata, leve o levísima. Lata es aquella que consiste en la omisión de aquellas precauciones o diligencias que está al alcance de los hombres menos cautos o avisados; leve, la omisión de las que un padre de familia toma ordinariamente en sus negocios; y levísima, la omisión de aquellos cuidados que solo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes».

Francisco García Calderón comentaba que, para que se pueda hacer efectiva la responsabilidad, se requiere que se pruebe que hubo culpa; pues las leyes parten del principio de que los hombres son buenos, y que no tienen ánimo de dañarse recíprocamente. Esta responsabilidad es más o menos extensa, por lo que para apreciar debidamente estas diferencias, se divide la culpa en lata, leve y levísima, según sea más o menos grave el hecho u omisión<sup>64</sup>.

Es decir, se consideraba a la culpa como una conducta contraria a la que los hombres naturalmente tienen —«los hombres son buenos»—, por lo que hay que sancionarlos de acuerdo a la gravedad de su comportamiento, estableciéndose una graduación de culpas y de diligencias. Este texto legal admite varios grados de diligencia.

En el Código Civil de 1936, se abandonó la idea de la graduación de las culpas, ya que en su artículo 1322 se establecía que «la culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Al respecto, José León Barandiarán opinaba que se abandona el sistema descendente del derecho romano, basado en la artificiosa graduación de la culpa en lata, leve y levísima, y la remisión al tipo abstracto del *bonus pater familias* para establecer tal graduación. No es necesario, pues graduar la culpa en grave, leve y levísima, ya que en cada caso se presenta una cuestión propia de hecho,

<sup>62</sup> Artículo 1969: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor».

<sup>63</sup> LEYSER (2005: 298).

<sup>64</sup> GARCÍA CALDERÓN (1987: 661).

relativa a si el obligado usó la diligencia que era de exigírsele para determinar si le incumbe o no culpa<sup>65</sup>.

De lo dicho, se desprende que el código de 1936 dejaba en manos de los jueces la determinación de la diligencia exigible para el deudor, de acuerdo a la naturaleza de la obligación, a las circunstancias de personas, tiempo y lugar; y conforme a esa diligencia se establecía si era responsable o no. Este código adoptaba un solo grado de diligencia, la «exigible».

El Código Civil de 1984, desechó la concepción del «buen padre de familia» y retornó a la concepción gradualista de la culpa. En su artículo 1314 prescribe que: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Felipe Osterling Parodi, ponente del libro de obligaciones, al referirse a la diligencia señala que, la noción de buen padre de familia devino en cierto desgaste por su obsolescencia. Esta noción no conduce a una apreciación justa de las obligaciones de un deudor, puesto que la actitud de cuidado que se espera de un deudor no es la misma que la que se espera de un buen padre de familia. Es mejor buscar un modelo más cercano a la realidad de las relaciones obligatorias. Dentro de este orden de ideas, es más lógico referirse al hombre medio normal, quien idealmente toma las precauciones y previsiones necesarias, y se comporta —en general— con la diligencia esperada (diligencia ordinaria)<sup>66</sup>.

Es decir, nuestro código actual ha adoptado el criterio de «diligencia ordinaria», la cual se ha concebido como la prueba de «la no culpa» (criterio subjetivo); sin embargo, se debe tener en cuenta que el concepto tradicional de obligación se ha transformado de una visión de relación entre dos sujetos, en virtud de la cual uno denominado «deudor» se compromete a un deber de prestación en favor de otro denominado «acreedor» que tiene el derecho a esa prestación; a la visión de una «vinculación intersubjetiva concreta de cooperación, que liga a dos o más sujetos de derecho para la realización de una función económica o social (satisfacción de una necesidad), dirigida a la tutela de intereses que han merecido juricidad por el orden jurídico positivo»<sup>67</sup>, por lo que el interés del acreedor es indispensable para el surgimiento de la relación obligatoria; pero, además debe subsistir durante la vigencia de aquella, de tal manera que si desaparece el interés en la cooperación ajena deja de tener sentido mantener vigente la relación obligatoria<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> LEÓN BARANDIARÁN (1992: 624-625).

<sup>66</sup> OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE (2003: 582).

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ CRUZ (*Themis*, números 27-28: 48).

<sup>68</sup> VARCHI VELAACHAGA (1997: 87).

Creo que la diligencia ordinaria, es incompatible con la nueva concepción de obligación, ya que no incentiva a los deudores a que busquen la satisfacción del interés del acreedor. Es más, mediatiza la actitud del deudor para desplegar su actividad con el mejor esfuerzo, mediante la adopción de todas las medidas y el uso de todos los medios que sean posibles para alcanzar la finalidad de la obligación: «a satisfacción del interés creditorio».

Por ello, adopto la posición de Gastón Fernández quien afirma que la coordinación de los artículos 1314<sup>69</sup>, 1315<sup>70</sup> y 1316<sup>71</sup> del Código Civil, dentro de las normas de inejecución de obligaciones, debe significar que «la diligencia termina donde empieza la imposibilidad»<sup>72</sup>; y que el juicio de imposibilidad debe ser siempre objetivo, pues afirmar una imposibilidad subjetiva implicaría reconocer a la diligencia —y no a la imposibilidad misma— como límite de la responsabilidad del deudor<sup>73</sup>.

Ello nos lleva a pensar, que si bien en la responsabilidad por inejecución de obligaciones se debe analizar la conducta del deudor (factor subjetivo); esta conducta debe haber sido diligente, hasta el límite de la posibilidad (factor objetivo), ya que si el deudor no ha hecho todo lo posible para cumplir con la obligación será responsable por los daños y perjuicios que cause su incumplimiento; pero si ha actuado con la diligencia posible, es decir, ha hecho todo lo posible para cumplir con su obligación, y a pesar de ello ha incumplido, no es responsable, ya que su incumplimiento se debe al caso fortuito o fuerza mayor (supuestos de imposibilidad).

---

<sup>69</sup> Artículo 1314: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

<sup>70</sup> Artículo 1315: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

<sup>71</sup> Artículo 1316: «La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. También se extingue la obligación que solo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si este no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere».

<sup>72</sup> FERNÁNDEZ CRUZ (2004: 862).

<sup>73</sup> FERNÁNDEZ CRUZ (2004: 863).

## 2. *El factor objetivo en la responsabilidad extracontractual*

Nuestro código actual establece en su artículo 1970 que «aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo». Esta norma introduce de manera expresa el criterio objetivo del riesgo para la responsabilidad extracontractual.

En su exposición de motivos se dice que ante la producción de un daño, no es necesario determinar la culpa en el agente. Se puede decir que existe una especie de culpa virtual en dicho agente, por el hecho de la utilización de la cosa riesgosa o de la actividad peligrosa. Los cambios en la vida social, el vivir peligrosamente como decía Nietzsche, ha llevado a la sociedad a crear este tipo de responsabilidad diferente a la subjetiva por lo antes indicado, en la que no se requiere dolo o culpa, y diferente de la responsabilidad objetiva, pues no se trata de todos los casos en los que se produce daño, sino solo de algunos en que se emplea un instrumento o un quehacer que en sí es riesgoso o peligroso; pudiendo darse el caso de que dentro de la evolución humana aparezcan nuevos supuestos riesgosos o peligrosos, por ejemplo, el uso de la energía nuclear<sup>74</sup>.

Sin embargo, ¿este supuesto descarta toda evaluación de la diligencia?

La casación 1708-03-Huaura<sup>75</sup> (que es representativa de muchas otras), establece que:

La sala de mérito al aplicar el artículo 1970 del Código Civil ha tenido en cuenta que está acreditado, conforme aparece del proceso penal acompañado, que el citado accidente que causó la muerte del hijo del demandante se debió a la colisión entre los dos vehículos motorizados antes descritos, debiéndose tener en cuenta que la actividad de conducir es una actividad riesgosa que requiere de un especial cuidado y máxima atención por parte de quien la realiza, lo que sugiere, en el caso de que los daños sean producidos por vehículos motorizados debe aplicarse el principio objetivo de responsabilidad que sirve de fundamento a la responsabilidad por riesgo».

La casación 1312-96-Lambayeque<sup>76</sup> establece que:

Para responsabilizar la actividad de un médico y en general toda actividad de prestaciones de salud, aun sea en casos de responsabilidad objetiva, el demandante tiene que acreditar la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del demandado y la producción de daño, circunstancia que en autos no se ha acreditado plenamente conforme lo ha establecido la sentencia recurrida [...]. Que, no se puede atribuir responsabilidad civil a los demandados por el ejercicio médico diligentemente prestado por el simple hecho de considerársele una actividad riesgosa».

<sup>74</sup> REVOREDO (1985: 800).

<sup>75</sup> Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (30 de abril de 2004: 11836).

<sup>76</sup> Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (3 de enero de 1998: 351).

Es decir, aun en la responsabilidad objetiva extracontractual, no se desecha el análisis de la conducta del causante del daño, a efecto de establecer si la diligencia utilizada ha sido la requerida y posible; para descartar el caso fortuito o fuerza mayor, como factor exoneratorio de responsabilidad.

### 3. *La presunción de culpa en ambos regímenes*

Como se dijo anteriormente, quienes sostienen la división de la responsabilidad civil, afirman que en la responsabilidad contractual existe una presunción de que el incumplimiento se debe a culpa leve del deudor (artículo 1329)<sup>77</sup>; el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados (artículo 1333)<sup>78</sup>. Mientras que en la responsabilidad extracontractual, el descargo por falta de dolo o de culpa corresponde a su autor (artículo 1969)<sup>79 y 80</sup>.

Sin embargo, conforme ya lo hemos desarrollado en el punto anterior, la graduación de culpas tenía su razón de ser, cuando existían diversos tipos de diligencia, pero si nuestro Código Civil requiere que el dañador actúe con la diligencia posible, para que se exima de responsabilidad civil por ruptura del nexo causal (caso fortuito o fuerza mayor), la presunción de culpa también carece de fundamento, más aún si el artículo 1329 del Código Civil<sup>81</sup> contiene el principio de «presunción de culpa leve» para la responsabilidad por inexecución de obligaciones, por lo que no tiene razón de ser la probanza de la culpa inexcusable, ya que basta que se incumpla la obligación para que se presuma la culpa leve del deudor y que ello genere responsabilidad<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> Artículo 1329: «Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

<sup>78</sup> Artículo 1333: «Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. No es necesaria la intimación para que la mora exista: 1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente. 2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla. 3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación. 4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor».

<sup>79</sup> Artículo 1969: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor».

<sup>80</sup> LEYSER (2005: 298).

<sup>81</sup> Artículo 1329: «Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

<sup>82</sup> Se debe tener presente que aun cuando el deudor incurra en culpa inexcusable o dolo, el monto indemnizatorio no aumenta, y que cuando el deudor incurre en culpa leve, el monto indemnizatorio tampoco disminuye, por cuanto la finalidad de la responsabilidad civil, en su conjunto, es reparar la afectación al interés lesionado.

Lo antes expuesto se manifiesta en la casación 2482-2001-Lima<sup>83</sup> en la que se establece lo siguiente:

«[...] en cuanto al artículo mil trescientos veintiuno, la recurrente fundamenta su denuncia en que no existe responsabilidad en tanto no exista factor de atribución de responsabilidad (dolo o culpa); sin embargo, cabe señalar que si bien es cierto que a tenor de dicha norma quien no ejecuta sus obligaciones por dolo y culpa inexcusable queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, también lo es que la misma norma regula el supuesto de indemnización por inejecución de obligaciones por culpa leve del deudor, lo que significa que la sola existencia de culpa leve basta para que proceda la acción propuesta, siendo adeudado acotar que la culpa leve se presume conforme dispone el artículo mil trescientos veintinueve del Código Civil; y en el presente caso, al no advertirse de autos que dicha presunción ha sido desvirtuada por la demandada, esta queda obligada igualmente a la indemnización solicitada.

Es decir, aunque nuestro código establezca que la culpa inexcusable debe ser probada, en la práctica, dicha norma no tiene mayor incidencia en la atribución de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, ya que al existir la presunción de la culpa leve, bastará el incumplimiento para que se atribuya la responsabilidad.

## 5. LA SOLIDARIDAD

Mientras que en la responsabilidad por inejecución de obligaciones (contractual) la solidaridad no se presume, en la responsabilidad extracontractual se presume, lo que ha llevado a que se afirme que ambos regímenes son incompatibles.

El artículo 1325 del Código Civil establece que «el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario».

Por ello, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre dicen que, ante el incumplimiento de una obligación que se ejecuta por un tercero contratado por el deudor, el acreedor puede accionar en contra del deudor y de quien causó el daño directamente; sin embargo, cuando el acreedor acciona en contra del deudor estamos ante una responsabilidad contractual, pudiendo el deudor pedir, en vía acción de regreso, que el tercero le reembolse la indemnización pagada; pero si el acreedor demanda directamente al tercero, al no existir un vínculo jurídico preexistente, corresponde a la responsabilidad civil extracontractual<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (1 de abril de 2002: 8517).

<sup>84</sup> OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE (2003: 799-800).

Pero, ¿realmente en la responsabilidad por inejecución de obligaciones no hay responsabilidad solidaria entre el deudor y el tercero que ejecutó la prestación?

El último párrafo del artículo 32 del decreto legislativo 716<sup>85</sup> ley de protección al consumidor, establece que para todas las relaciones de consumo los proveedores son responsables solidarios<sup>86</sup>; asimismo, el artículo 29 de la ley del transporte 27181<sup>87</sup> señala que existe responsabilidad solidaria entre el propietario del vehículo, el conductor, y de ser el caso, el prestador del servicio.

En efecto, en los daños ocasionados en la producción de bienes o servicios masivos, existe responsabilidad solidaria y en todo caso, fuera de estos casos, si en el régimen de responsabilidad por inejecución de obligaciones se quisiera demandar a un tercero ajeno al contrato y al deudor, se pueden acumular en forma subjetiva las pretensiones, siempre y cuando el hecho dañoso sea el mismo.

## 6. LOS INTERESES

El artículo 1334 del Código Civil establece que: «En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda. Se exceptúa de esta regla lo dispuesto en el artículo 1985».

Comentando este artículo, Felipe Osterling y Mario Castillo dicen que el numeral 1334 tiene como propósito aclarar que en los casos en que se demanda el pago de un monto indemnizatorio, ilíquido, cuya cuantía requiera ser determinada por el juez, la mora existe desde la fecha de notificación con la demanda. Exceptuándose la regla contenida en el artículo 1985, ya que este último precepto

<sup>85</sup> Artículo: «[...] La responsabilidad de los diversos proveedores de un producto conforme a este artículo es solidaria. Sin perjuicio de ello, cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto».

<sup>86</sup> Según lo dispuesto por el artículo 3 inciso b) del decreto legislativo 716, son considerados proveedores: «Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a: b.1. Distribuidores o comerciantes. Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público. b.2. Productores o fabricantes. Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores. b.3. Importadores. Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional. b.4. Prestadores. Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores».

<sup>87</sup> Artículo 29: «La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados».

señala que el monto de la indemnización por daños y perjuicios extracontractuales devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. La excepción se justifica, puesto que cuando la deuda se deriva de acto ilícito, el deudor incurre en mora automática desde que comete el acto dañoso<sup>88</sup>.

Ello ha llevado a que autores, como Leysser León<sup>89</sup>, sostengan que una de las diferencias que hacen a ambos regímenes incompatibles es que en la responsabilidad por inejecución de las obligaciones, los intereses se devengan si media constitución en mora del deudor; mientras que en la responsabilidad extracontractual, los intereses se devengan desde la fecha en que se produjo el daño.

Sin embargo, existe un requisito que es necesario para cualquier daño indemnizable, «la certeza», en este sentido, Fernando de Trazegnies dice que existen diferentes daños reparables, pero ante todo es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño<sup>90</sup>.

Recordando lo expuesto en los puntos anteriores, el deudor cumple con su obligación cuando satisface el interés de su acreedor, contrario sensu, el deudor incumple su obligación cuando el interés del acreedor está insatisfecho.

Pero, ¿cuándo podemos tener certeza que el interés del acreedor está insatisfecho?

Siendo un aspecto totalmente subjetivo, solo se puede tener certeza del mismo, cuando este se materializa en actos externos, por ejemplo, al momento de contratar, el acreedor manifiesta el interés que necesita que el deudor satisfaga; por lo que al momento de incumplirse la obligación, el acreedor manifiesta su insatisfacción con la constitución en mora.

Por ello, la exposición de motivos del Código Civil nos dice que «vencida la obligación, si el acreedor no la exige (a través de la mora) demuestra con ello que el retardo no lo afecta. Se estima por tanto, que tácitamente está prorrogando el plazo»<sup>91</sup>.

Es decir, mientras el acreedor no constituya en mora a su deudor, no existe la certeza de que se le está ocasionando un daño, porque puede darse el caso que, por factores externos, su interés haya sido satisfecho de alguna otra manera, existiendo solo un peligro potencial de daño. Mientras que en la responsabilidad

<sup>88</sup> OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE (2004: 1049).

<sup>89</sup> LEYSSEY (2005: 298).

<sup>90</sup> DE TRAZEGNIES (1985: 17).

<sup>91</sup> Código Civil. Exposición de motivos y comentarios (tomo V: 459).

extracontractual, el daño es cierto desde que se produce, por ello, Felipe Osterling y Mario Castillo dicen que en la responsabilidad extracontractual existe una mora automática.

Por estas razones consideramos que en ambos regímenes de responsabilidad los intereses se generan desde el momento en que el daño es cierto, siendo en la responsabilidad por inejecución de obligaciones, desde que el acreedor manifiesta su insatisfacción a través de la constitución en mora; y, en la responsabilidad extracontractual, desde la fecha en que se produjo el hecho dañoso, que genera una mora automática.

## 7. EL PRINCIPIO DEL *IURA NOVIT CURIA* PERMITE LA COMPATIBILIZACIÓN

¿Si en la demanda se fundamenta la responsabilidad en normas correspondientes a un régimen, el juez podrá aplicar las normas del otro?

Antes de intentar dar una respuesta a esta interrogante, analicemos la casación 344-00-Lima, la cual establece 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. Tercero. Que, conviene clarificar los alcances del considerando anterior del modo siguiente: a) que la «causa petendi» como elemento identificador de la acción, está formado 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 más 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 VII del título preliminar del Código Civil como del artículo VII 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 lo haya sido erróneamente»; c) que en consecuencia, en una correcta delimitación de la acción, la causa de pedir está determinada como se ha dicho con los hechos alegados y no con el membrete que puede consignarse como sumilla en el escrito de demanda.

El principio del *iura novit curia*, también fue aplicado en la casación 2051-98-Lima<sup>92</sup> y en la casación 2535-2001-Ucayali<sup>93</sup> agregándose en esta última lo siguiente:

Igualmente, existen supuestos en que ambos tipos de responsabilidad, contractual y extracontractual se confunden, elaborando los doctrinarios diversas teorías que no terminan por salvar el marco de una u otra responsabilidad, *correspondiendo al juzgador, de acuerdo al caso, aplicar las normas que puedan corresponder a aquellas, buscando siempre la solución del conflicto de intereses para lograr la paz social en justicia, por ser fin del proceso de acuerdo a lo previsto en el artículo II del título preliminar del Código Procesal Civil* (el énfasis es nuestro).

Por todo ello, creemos que si se demanda responsabilidad civil bajo los fundamentos jurídicos correspondientes a uno de sus regímenes, el juzgador de considerarlo conveniente, puede resolver basado en las normas correspondientes al otro régimen, en aplicación del principio del *iura novit curia*.

No obstante, se debe tener en consideración los límites para la aplicación del citado principio, como son:

a) Congruencia: El juez al resolver no puede ir más allá del petitorio —solo resolver lo que se le pidió—. En el presente caso, lo pedido es la indemnización y el juez debe pronunciarse sobre el derecho a conceder una indemnización. Sin embargo, si en el rubro de petitorio se agrega «por responsabilidad contractual o extracontractual»; este agregado, no es parte del petitorio, sino de la fundamentación o calificación jurídica, que es objeto del principio que analizamos. En consecuencia, el juez puede calificar jurídicamente de manera distinta los hechos expuestos en la demanda.

b) *Causa petendi*: Como se desprende de lo anterior, el juez solo puede calificar los hechos, pero no puede cambiarlos o alegar hechos que no se han discutido durante el proceso.

c) El derecho de contradicción: es decir, la posibilidad de contradecir la causa petendi sostenida por la otra parte, esto es, la posibilidad de contradecir la veracidad de los hechos alegados por la otra parte. En consecuencia, si el demandante alega determinados hechos, que los califica jurídicamente como contractuales o extracontractuales, el emplazado tiene la posibilidad de contradecir esos hechos, incluso también la calificación jurídica, que en última instancia será el juez quien la determine.

Lo dicho no puede considerarse como una autorización para que el demandante pueda elegir el régimen a aplicarse, ya que este solo propone que los hechos

<sup>92</sup> Publicada en la separata especial de sentencias en casación, del diario oficial El Peruano (12 de junio de 1999: 2986).

<sup>93</sup> Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (3 de diciembre de 2002: 9684).

sean calificados conforme a determinadas normas, pero no vincula al juzgador para que los califique de esa manera, ya que como lo dice la norma, el juez conoce el derecho debiendo aplicar las normas que corresponda, aunque no se hayan alegado o se hayan alegado erróneamente.

## 8. LA PRESCRIPCIÓN COMO ÚNICA DIFERENCIA

Tal como lo establece Marcial Rubio Correa, las acciones relativas al cumplimiento de la obligación o a la resolución del contrato, están destinadas a fijar los términos del desenlace de una relación obligacional y, por ello, son acciones personales sujetas al plazo de prescripción de diez años considerado en el inciso 1 del artículo 2001. El plazo tiene como término inicial el del momento en que se falta al cumplimiento de la prestación por la otra parte<sup>94</sup>. Mientras que en la responsabilidad extracontractual se rige por el plazo de dos años establecido en el inciso 4 del artículo 2001. El término inicial es la producción del daño<sup>95</sup>.

Esta diferencia exige que la parte demandada, en la etapa postulatoria del proceso, haga uso de la excepción de prescripción; incluso contradiciendo el régimen invocado por la parte demandante; lo que hará que el juzgador al momento de sanear el proceso determine el régimen que debe aplicarse. En el caso que, la parte demandada no deduzca la excepción, el juzgador ya no podrá pronunciarse sobre este extremo, por cuanto la prescripción debe ser invocada y no puede ser declarada de oficio.

Sin embargo, ¿cómo distinguimos a los regímenes?

Tradicionalmente se distinguían a ambos regímenes sosteniendo que corresponde al régimen contractual cuando preexiste un contrato, y corresponde el extracontractual cuando no hay un contrato previo. Pero hoy asistimos con mucha fuerza al fenómeno de la prestación de bienes y servicios masivos en los que existe una relación de consumo, de hecho y anónima, regida generalmente no por un contrato escrito, sino por la ley.

Por ello creo que es un error denominar a la responsabilidad proveniente de la inejecución de obligaciones como responsabilidad contractual, ya que el contrato no es la única fuente de las obligaciones, sino también puede ser la promesa unilateral, la gestión de negocios, la buena fe y los usos, siendo mejor denominarla responsabilidad obligacional, y a la responsabilidad extracontractual, responsabilidad no obligacional.

---

<sup>94</sup> RUBIO CORREA (1989: 176).

<sup>95</sup> RUBIO CORREA (1989: 193).

En este sentido la casación 499-04-Lima<sup>96</sup> establece que:

[...] la responsabilidad civil puede configurarse cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada —responsabilidad civil obligacional o mal llamada contractual, pues la única fuente de las obligaciones no son los contratos— o por el incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daños a los demás; encontrándonos en este último ámbito en la responsabilidad extracontractual.

Entonces, siguiendo la función de previsión de la responsabilidad civil, creo que se debe adoptar la prescripción larga de diez años para los casos de las zonas grises, ya que con ello incentivamos a los proveedores de bienes y servicios a que adopten los máximos esfuerzos para evitar el daño a los consumidores.

No obstante, el hecho de que se diferencien los regímenes de responsabilidad civil en lo referente a la prescripción, de ninguna manera enerva los argumentos antes expuestos sobre la unificación, ya que se debe tener en cuenta que los plazos prescriptorios obedecen a políticas legislativas, es decir, no es que los regímenes sean diferentes, sino que el legislador ha querido darles plazos diferentes; sin embargo, el motivo de dicha distinción en los plazos, no se encuentra expuesto en ningún libro consultado para la realización del presente artículo ni mucho menos en la exposición de motivos del Código Civil.

Por todo lo dicho, consideramos que la unificación de la responsabilidad civil, debe ser tratada en la comisión de reforma del Código Civil, ya que no se justifica el pretender atribuir efectos diferentes a regímenes iguales.

## 9. CONCLUSIONES

a) Es posible compatibilizar los regímenes de la responsabilidad civil, porque sus elementos son comunes y las diferencias legislativas son aparentes.

b) El principio del *iura novit curia* posibilita la compatibilización judicial, a fin de evitar sentencias inhibitorias y nuevas demandas, y a efecto de resolver definitivamente el conflicto de intereses.

c) Para efectos de la prescripción, la responsabilidad obligacional comprende el incumplimiento no solo de aquellas obligaciones que se generan de un contrato, sino de aquellas que nacen de la ley; principalmente las que rigen las relaciones entre proveedores de los bienes y servicios con los consumidores y usuarios; aplicándoles la prescripción larga como una manera de incentivar la garantía de seguridad y la idoneidad del servicio que presta su actividad empresarial.

---

<sup>96</sup> Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (4 de enero de 2006: 15280).

d) Existen razones suficientes para que la comisión reformatora del Código Civil analice la unificación del sistema de responsabilidad civil.

## BIBLIOGRAFÍA

BELTRAN PACHECO, Jorge

2001 «Teoría del daño en la responsabilidad civil, tutela jurisdiccional y Prueba». Material de Lectura. Programa de actualización y perfeccionamiento. Arequipa: Academia de la Magistratura, diciembre 2001.

DE TRAZEGNIES, Fernando

1985 *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca para leer el Código Civil, volumen IV, tomos I y II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2002 *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, junio.

FERNANDEZ CRUZ, Gastón

2004 «Inimputabilidad en la inejecución de obligaciones». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo VI. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

s/f «La Obligación: Apuntes para una dogmática del concepto». *Revista Themis*, números 27-28, Lima: Editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos

2000 «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona». *Actualidad Jurídica*, tomo 79-B. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

GARCÍA CALDERON, Francisco

2003 *Diccionario de la Legislación Peruana*, tomo I. Edición en facsímil de la segunda edición de 1879. Lima: Editorial Grijley.

LEÓN BARANDIARAN, José

[1961] *Manual del Acto Jurídico*. Cuarta Edición. Lima: Editorial Morsom S.A.

1992 «Tratado de Derecho Civil», volumen II, tomo III. *Las Obligaciones*. Lima: WG Editor, febrero 1992.

LEYSSER L., León

2005 «Weak legal culture & legal transplants unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa». En *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*. Lima: Editorial Palestra.

MORALES HERVIAS, Rómulo

- 2005 «La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)». En *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*. Lima: Editorial Palestra.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE

- 2003 *Tratado de las obligaciones*. Biblioteca para Leer el Código Civil, volumen XVI, cuarta parte, tomo XI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2004 «Constitución en mora por requerimiento judicial». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo VI, Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

PAZOS HAYASHIDA, Javier

- 2004 «Factor atributivo de responsabilidad. *Quantum* indemnizatorio». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo VI. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora)

- 1985 *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Tomo V. Lima.

RUBIO CORREA, Marcial

- 1989 *Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil*. Biblioteca para Leer el Código Civil, volumen VII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SEMINARIO STULPA, Eduardo

- 1995 «Responsabilidad Civil: Breves comentarios acerca de la propuesta de enmienda». En *Diez Años. Código Civil Peruano, Balance y perspectivas*, Congreso Internacional, tomo II. Lima: Editorial WG y Universidad de Lima.

TABOADA CÓRDOBA, Lizardo

- 2001 «La antijuricidad como aspecto fundamental de la responsabilidad civil». Material de estudio. V curso especial de preparación de aspirantes para el primer nivel. Lima: Academia de la Magistratura. Módulo 5.

VARCHI VELAOCHAGA, Luciano

- 1997 «Resolución por incumplimiento del comprador». *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, número 5. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.